

**EL DESARROLLO NORMATIVO DE LA LICENCIA REMUNERATORIA DE
MATERNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

**EL DESARROLLO NORMATIVO DE LA LICENCIA REMUNERATORIA DE
MATERNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

GIOVANI DE LA HOZ VARGAS

Monografía final para obtener el título de:

ABOGADO

Asesor: Dr. Jaime Alejandro Díaz Vargas

CORPORACION UNIVERSITARIA DE LA COSTA

FACULTAD DERECHO

BARRANQUILLA

2012

AGRADECIMIENTOS

A Dios por darme la posibilidad de llegar a obtener esta meta, y todas las que hasta hoy he alcanzado.

A mis padres por el incondicional apoyo brindado durante mi vida.

A mi tutor Dr. Jaime Díaz Vargas por su valiosa guía y acompañamiento durante el desarrollo de esta monografía.

Al Dr. Jaime Luis Arias Fonseca por su apreciable colaboración en la consecución de esta investigación.

DEDICATORIA

A Dios, a mis padres, a María, familiares, amigos, guías y de manera especial a todas esas madres de Colombia que les ha tocado soportar los rigores de la ley en materia de licencia de maternidad, dedico este trabajo.

CONTENIDO

Página

	INTRODUCCIÓN	1
1.	LICENCIA REMUNERATORIA DE MATERNIDAD	5
1.1	ANTECEDENTES	5
1.2	LICENCIA DE MATERNIDAD: CONCEPTO	9
1.3	FUNDAMENTOS DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD	13
1.4	CARACTERÍSTICAS	21
1.4.1	Es un derecho de la madre trabajadora	21
1.4.2	Consagración legal	22
1.4.3	Genera un descanso	23
1.4.4	Envuelve una prestación económica	24
2.	LA LICENCIA DE MATERNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	25
2.1	INSTRUMENTOS, CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES	25
2.1.1	Convenio 03 de la OIT	26
2.1.2	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y	32

	Culturales	
2.1.3	Protocolo de San Salvador	32
2.1.4	Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - CEDAW	33
2.2	CONSTITUCIÓN POLÍTICA	34
2.3	LEYES Y DECRETOS	36
2.3.1	Código Sustantivo del trabajo	37
2.3.2	Ley 100 de 1993	41
2.3.3	Decreto 806 de 1998	41
2.3.4	Decreto 1406 de 1999	43
2.3.5	Decreto 1804 de 1999	44
2.3.4	Decreto 047 de 2000	46
3.	LA LICENCIA REMUNERATORIA DE MATERNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA	48
3.1	LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: PROPOSITOS, FINES Y ALCANCES	53
3.1.1	Periodo entre 1991 – 1999.	58
3.1.1.1	Procedencia de la acción de tutela en procura de obtener el pago de la prestación económica	58
3.1.1.2	Protección de la maternidad a la luz de la Constitución y los	61

convenios, tratado e instrumentos internacionales	
3.1.1.3 Afectación del derecho al mínimo vital por el no pago de la prestación	65
3.1.1.4 Caducidad de la acción de tutela	67
3.1.1.5 Ultractividad de la norma sobre la obtención del derecho	69
3.1.1.6 Allanamiento en mora	72
3.2.2 Periodo entre 2000 – 2011	75
3.2.2.1 Aumento del término perentorio para interponer la tutela.	76
3.2.2.2 Reconocimiento completo de la prestación económica cuando no se cotizan las semanas exigidas por la ley	77
3.2.2.3 Reconocimiento de la prestación económica de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó	84
4. LICENCIA REMUNERATORIA DE MATERNIDAD: PRINCIPALES SUB-REGLAS CONSTITUCIONALES	88
4.1 SUBREGLAS CONSTITUCIONALES	88
4.1.1 Subreglas sobre la procedencia de la tutela; violación al mínimo vital y otros derechos fundamentales	92
4.1.2 Subreglas sobre el pago total o proporcional de la licencia de maternidad	99
4.1.3 Subreglas sobre el allanamiento en mora	102

4.1.4	Subreglas sobre el término perentorio para interponer la tutela	105
5.	CONCLUSIONES	108
6.	BIBLIOGRAFÍA	112

INDICE

CAPITULO I.....	Pagina 5.
CAPITULO II.....	Pagina 25.
CAPITULO III.....	Pagina 48
CAPITULO IV.....	Pagina 88

RESUMEN.

La normatividad sobre la remuneración de la licencia maternidad en Colombia, cuenta con un sin número de reglas provenientes de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que a la par de aquellas creadas en el marco de un regular procedimiento legislativo, deben ser aplicadas e incluso, de manera preferente en razón a que estas últimas en su mayoría son de dudosa constitucionalidad. De modo que es importante que jueces, profesionales del derecho, particulares y las Empresas Prestadoras Salud, conozcan y apliquen dichas reglas a fin de garantizar de conformidad a la Norma de Normas los derechos fundamentales de la madre trabajadora y del recién nacido, tales como: la vida, el mínimo vital, integridad, alimentación, la maternidad e igualdad.

Palabras Claves: Licencia Maternidad, Decretos, Normas, Jurisprudencia, Mínimo Vital, Derecho Fundamental, Constitucionalidad, y Vida Digna.

ABSTRACT.

The regulations about the remuneration of maternity leave in Colombia, has a countless number of rules emanated from the jurisprudence of Constitutional Court, together with those generated in the framework of a regular legislative procedure, must be applied and even, preferentially in reason that the latter are mostly of dubious constitutionality. So, is important that judges, lawyers, individuals and companies that provide health, should be know and apply these rules to ensure of pursuant to the Statement of Standards fundamental the rights of the working mother and newborn, such as: the life, the minimum living, integrity, feeding, motherhood and equality.

Keywords: Leave Maternity, Orders, Rules, Law, Minimum Vital, Basic Law, Constitutional and dignified life.

INTRODUCCIÓN

La remuneración de la licencia por maternidad en el ordenamiento jurídico colombiano, cuenta en la actualidad, con un techo legal integrado por un sin número de leyes y decretos en los cuales se establecen básicamente los requisitos y condiciones que se deben reunir para que una madre genitora acceda a dicho auxilio económico durante el tiempo determinado para esta prerrogativa.

Concomitantemente, la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, viene señalando un considerable número de subreglas sobre la materia, que sumadas, se podría decir, conforman un cuerpo normativo que se sobrepone al originado de conformidad al derecho legislado, en razón de que, por una parte, prevalece el interés superior de la madre y del niño, respaldado por la Constitución Política de 1991, toda vez que, sus derechos a la vida digna, integridad, alimentación, la seguridad social, mínimo vital, entre otros, son garantizados con el reconocimiento económico de dicha licencia, y por otra, estas reglas nacen en el marco de la aplicación directa de esta Constitución, la cual conforme a su artículo 4; es Norma de Normas, y además, porque el órgano que detenta el máximo grado de intérprete de la misma es el citado tribunal: función que realiza mediante el sistema de control de constitucionalidad.

Con las subreglas o reglas decisoriales constitucionales, se regulan ciertos casos que escapan al radio de acción de las normas formalmente expedidas según el derecho legislado, algunas incluso, riñen con las de origen jurisprudencial. En todo caso, como se constata con el presente trabajo, son estas últimas las que se deben aplicar. Aunque es de anotar que autoridades como las Entidades Promotoras de Salud – EPS por lo regular no se fijan en esta normatividad de

origen judicial, y entretanto, si se escudan en la reglamentación legal existente para excusarse del deber de otorgar dicho auxilio económico a la genitora.

Las referidas reglas constitucionales conforman lo que se nomina en el presente trabajo como: el desarrollo normativo de la remuneración de la licencia de maternidad a nivel jurisprudencial. Vale destacar en forma preliminar que, esencialmente éstas en la actualidad se refieren a: la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de la prestación de la licencia de maternidad; el modo de pago proporcional o total de la misma; al allanamiento en mora que se presenta cuando el cotizante cancela extemporáneamente los aportes al sistema y las mismos son recibidos por la Entidad Promotora de Salud EPS, entre otros.

Sobre estas y otras cuestiones, que han desencadenado la concreción de un marco normativo jurisprudencial, se puede pregonar que gracias al mismo, muchas madres logran la cancelación de la precitada prestación a cargo, por regla general de las EPS, claro está, luego de agotar una reclamación administrativa o después de haber recurrido a las instancias judiciales de carácter constitucional. Y es que, con el reconocimiento de este derecho, la madre asegura su subsistencia y la del menor, sobre todo la de éste con la lactancia en los primeros días de vida, pues, como se sabe, es importante en aras de su desarrollo normal que, la mujer efectivamente comparta al lado suyo la maternidad en sus primeros días de existencia, y, no que esté encarando una reclamación administrativa o judicial para obtener el reconocimiento económico que implica la licencia conforme a las subreglas constitucionales, perdiendo de tal modo, un valioso tiempo, el cual perfectamente puede pasar con su hijo, y lo que es peor, sometiéndose a estados emocionales negativos producto del estrés que le generaría la situación descrita.

La problemática revelada, termina por lo general trascendiendo a los jueces constitucionales a través de un juicio de tutela, teniendo en cuenta los derechos fundamentales que se ponen en riesgo, tales como: la seguridad social, el mínimo vital, la vida digna, la alimentación, los derechos fundamentales de los niños, etc. Cuando hay lugar a reconocer la prestación económica en gracia a la precitada licencia de conformidad a la jurisprudencia constitucional, la autoridad judicial en ultimas se pronuncia a favor de la madre tutelante o deniega la tutela; bajo el argumento de hecho superado, en los casos donde las EPS allegan en la contestación de la acción, una orden de pago a nombre de la madre lactante por concepto de licencia de maternidad: concepto que con anterioridad normalmente es negado cuando se solicita por primera vez administrativamente.

Aunado a lo anterior, vale la pena subrayar las situaciones donde los jueces de instancias ignoran las subreglas establecidas en los precedentes constitucionales o sencillamente, se rehúsan a aplicar los que existen al respecto, quedando la madre, en ambos casos, a la suerte de que su circunstancia personal llegue a la Corte Constitucional, para al estudio y fallo a su favor en el marco del control de constitucionalidad de revisión de tutela.

El sólo hecho de que la madre acuda a instancias judiciales para reclamar la prestación económica de la licencia por maternidad en las circunstancias fácticas no previstas por la ley, pero previsibles por la jurisprudencia constitucional, causa a la mujer una carga gravosa y desproporcional que no debe soportar, cual dicho sea de paso, a todas luces es inadmisibile dentro de un Estado Social de Derecho, pues, vale recordar que dentro de esta fórmula filosófica estatal a diferencia del Estado de Derecho, la concreción del derecho no se reduce únicamente la omnipresencia de la ley, toda vez que la ley en aquel “sólo es uno de sus

protegidos más no su principal directriz para realizar o conseguir derecho¹”, entendiéndose con ello que, de la jurisprudencia pueden emerger reglas de derecho, que deben ser valoradas y respetadas, incluso ya no solamente por las autoridades judiciales, sino y de igual forma, por las autoridades administrativas, verbigracia en este caso: las Entidades Promotoras de Salud.

Ahora, teniendo en cuenta estas notas introductorias, cabría preguntarse², Cuáles son las principales subreglas con fuerza normativa establecidas por la Jurisprudencia Constitucional sobre la remuneración de la licencia de maternidad?

Precisamente el presente trabajo nace con el objetivo³ principal de analizar el desarrollo normativo efectuado por la Corte Constitucional a lo largo de su jurisprudencia sobre la remuneración de la licencia de maternidad. Para tal efecto, se entra a: 1) señalar el concepto y fundamento de la licencia remuneratoria de maternidad; 2) demarcar la licencia remuneratoria de maternidad en el ordenamiento jurídico Colombiano; 3) examinar la jurisprudencia existente sobre el reconocimiento económico de la licencia de maternidad y 4) determinar las principales subreglas establecidas por la Corte Constitucional referentes a la remuneración de la licencia de maternidad⁴.

¹ ARIAS FONSECA. Jaime. El control de Constitucionalidad, la acción de tutela y la revisión de tutela: como un triangulo protector de los derechos fundamentales en Colombia. Monografía para obtener el título de Abogado. Barranquilla - Colombia. Barranquilla. Corporación Universitaria de la Costa - CUC. 2007. p. 104

² El interrogante anunciado se estableció al final del planteamiento del problema, cual se encuentra consignado en el anteproyecto que antecede el presente trabajo final de investigación dirigida.

³ El anunciado es el objetivo general que guió el presente trabajo final de investigación dirigida.

⁴ Lo enumerados son los objetivos específicos que preceden el presente trabajo final, cuales se desarrollan en cada uno de sus capítulos.

1. LICENCIA REMUNERATORIA DE MATERNIDAD

De forma preliminar se inicia este aparte del trabajo, con una sucinta remembranza de los antecedentes de la licencia por maternidad como un derecho a favor de la madre genitora e incluso del menor, a fin de ubicar históricamente su reconocimiento mundial y nacional como una prerrogativa reglada tradicionalmente por el derecho laboral y seguridad social, cual pertenece dentro de la clásica categorización de los derechos humanos a los llamados derechos sociales, económicos y culturales.

Seguido de lo anterior, se efectúa un recuento teórico sobre el concepto de la licencia remuneratoria por maternidad, y luego se pasa al estudio de los fundamentos en los que se soporta, para tal efecto, se recurre a la doctrina autorizada nacional e internacional, de igual forma, a la jurisprudencia colombiana, sobre todo a la formulada por la Corte Constitucional.

1.1 ANTECEDENTES

La licencia remuneratoria de maternidad como un derecho a favor de la madre lactante trabajadora, estuvo precedida, como lo indica Núñez⁵, por una “cuestión social” presentada a finales de siglo XIX y principios XX, donde la mujer aparecía en la historia del derecho de trabajo como un sujeto de relaciones laborales, propias de las que encuadraban en el modelo surgido a partir de la revolución Industrial, con el agravante de que la percepción de la trabajadora por la sociedad

⁵ NUÑEZ-CORTEZ CONTRERAS, Pilar. Los orígenes de la protección por maternidad. En: Revista de Fomento Social. (enero-marzo 2002), N° 225. p. 25

en dicho estadio, complico de sobremanera la situación del mercado laboral, puesto que, al género masculino sometido a condiciones de trabajo indignantes debía sumársele ahora el femenino. Las condiciones de laboralidad de tiempo, modo y lugar dadas a la mujer, “corrieron paralelas a las penosas condiciones de los trabajadores masculinos⁶”, en otras palabras, no existían diferencias en cuanto a las mismas.

En aquella época la clase empleadora manipuló en su beneficio la premura de trabajar que tenía el género femenino de baja clase social. Las mujeres eran sometidas a intensas jornadas de trabajo; “de diez a doce horas⁷”, bajo unas condiciones laborales indignantes, desposeídas de seguridad, higiene y salubridad, sin contar que no se les remuneraba en forma justa su servicio personal y que su trabajo era poco valorado por la sociedad.

Lo anterior, hizo que se levantaran voces de protesta contra el trabajo femenino, sobre todo, porque la parte empleadora no le importaba si la mujer trabajadora se encontraba en estado de gravidez, lo cual le suponía a ésta como consecuencia de su estado: el despido del trabajo, partos prematuros, abortos o la imposibilidad de departir con su hijo en los primeros momentos de su vida, especialmente durante la lactancia. En Europa por ejemplo, “numerosas voces denunciaron desde el punto de vista de la salud pública las nefastas consecuencias del trabajo femenino sobre la maternidad, un buen numero de higienistas de la época hicieron eco de ello en sus trabajos científicos⁸”.

Lo ocurrido en el viejo continente compaginaba con lo que pasaba en muchos Estados de otras latitudes, tanto así, que esta problemática fue abordada desde la creación de un organismo de talla mundial como lo es la Organización

⁶ Ibíd., p. 26

⁷ Ibíd., p. 26

⁸ Ibíd., p. 27

Internacional del Trabajo. La protección de la maternidad fue uno de los temas de derecho laboral y seguridad social sobre el cual éste organismo se pronunció. En efecto, fue así como en la primera conferencia internacional del trabajo de dicho ente, efectuada el 29 de noviembre de 1919 en Washington D.C, los Estados partes adoptaron el Convenio 03 relativo a la protección de la maternidad.

Los participantes en la citada convención, entre los cuales se cuenta Colombia, decidieron concretar el mencionado Convenio, que tenía como objetivo “asegurar que la mujer que trabajaba pudiera mantenerse y atender a su hijo durante el periodo anterior y posterior al parto⁹”, pues, “al aumentar el número de mujeres que trabajan, es más importante que nunca garantizar durante el embarazo unas condiciones tan ventajosas como sea posible para la mujer y el niño aún no nacido, así como la ayuda y los cuidados adecuados inmediatamente¹⁰”.

El Convenio 03, que fue ratificado por el Estado colombiano el 20 de junio de 1933, específicamente con relación a la licencia mencionada dispone su artículo 3 literal C que, la mujer recibirá “prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene..., cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país¹¹”.

Como era de presuponerse, en Colombia esta normatividad internacional hizo trascendencia e influyó visiblemente en la legislación interna, muestra de ello, la Ley 53 de 1938, la cual como lo resume el Consejo de Estado consagró entre otros derechos de la mujer, los siguientes:

⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Principios de la seguridad social. Turín – Italia, C. Solorio Inversión española, 2001.p. 48.

¹⁰ Ibid., .p. 48.

¹¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C3 Convenio sobre la maternidad, 1919. [en línea]. Instrumento en situación provisoria. Washington. OIT. 2006. [Citado en 14 abril de 2011]. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C003>

La licencia remunerada de ocho (8) semanas, la prohibición de su despido al trabajo por motivos de lactancia o embarazo, la indemnización de sesenta (60) días para la empleada u obrera que sea despedida sin justa causa durante los períodos comprendidos entre los tres (3) meses anteriores y posteriores al parto, y por último la licencia remunerada de dos (2) a Cuatro (4) semanas en caso de aborto o parto prematuro de acuerdo con la prescripción médica¹².

Como podrá inferirse, el ordenamiento interno se sintonizó con el sentir de la comunidad internacional sobre la protección de la maternidad, hasta al punto, que posterior a la ley citada, este amparo se “extendió con los decretos 2350 de 1938, 13 de 1967, 995 de 1968 y las Leyes 73 de 1966, 27 de 1974 y 50 de 1990; en el sector público, mediante el decreto Ley 3135 de 1968 y su reglamentario 1848 de 1969 se estableció en el llamado fuero de maternidad¹³”.

Por otro lado, se tiene como otro antecedente del reconocimiento de la comunidad mundial de la licencia por maternidad como un derecho, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, formulado por la Organización de las Naciones Unidas – ONU en el marco de una Convención realizada el 16 de diciembre de 1966.

Este Pacto que entró en vigor el 3 de enero de 1976, el cual fue aprobado por Colombia mediante ley en 1968, en su artículo 10 con respecto a la licencia, reza: “Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social¹⁴”.

¹² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena, 28 Jul. 1996, Rad I: S-638. C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

¹³ *Ibíd.*,

¹⁴ NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. [en línea]. Instrumento en situación provisoria. México. CINU, 2000. Última actualización: 25/01/07 [Citado el 28 de abril de 2011]. Disponible en: <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidesc.htm>

De todo lo expuesto, se puede percibir el cariz de derecho que como tal ostenta la licencia remuneratoria de maternidad a nivel mundial y nacional: su adscripción como una prerrogativa regulada por derecho laboral y seguridad social y su calidad histórica de derecho social.

1.2 LICENCIA DE MATERNIDAD: CONCEPTO

En Colombia con el nombre de licencia de maternidad se nomina generalmente en el derecho laboral y en seguridad social al descanso obligatorio, que por virtud del embarazo y parto, tiene derecho una mujer trabajadora por un término razonable dictaminado por la ley, que en el caso colombiano es de 14 semanas. Esta incapacidad por maternidad, debe ser remunerada de conformidad al artículo 236 del Código Sustantivo Del Trabajo¹⁵. Dicha retribución que corre a cargo de la EPS o del empleador (dependiendo el caso), debe ser recibida por la madre durante el tiempo que comprenda la licencia, y según la norma citada, se liquida con base al salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso o si se “tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor¹⁶”.

La licencia por maternidad, como lo establece Escobedo, es una de las formas o categorías de las licencias parentales reguladas legalmente de “ausencia del lugar de trabajo o de interrupción de las prestaciones laborales habituales, asociadas a prestaciones sociales (prestaciones económicas y/o otros derechos de protección

¹⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Decretos 2663 y 3743 de 1950, y ley 141 de 1961.(1951) Código Sustantivo del trabajo. Diario oficial. Bogotá D.C. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 08 de abril de 2011]. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo.html#236

¹⁶ Ibid.,

social), para atender el nacimiento y a la crianza de los hijos¹⁷. Esta forma de licencia en particular, “tiene como objeto proteger a la madre y al bebé durante las últimas semanas del embarazo y el nacimiento; permite la recuperación tras el parto y la lactancia en los primeros meses del bebé¹⁸”.

De una forma más significativa e ilustrativa, la Corte Constitucional alude a este derecho en su jurisprudencia como “una medida de protección a favor de la madre, del menor recién nacido y de la institución familiar, que se hace efectiva, de un lado, a través del reconocimiento de un periodo destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño y, de otro, mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido¹⁹”.

De la referida conceptualización, se destacan dos supuestos que comprende la licencia de maternidad. El primero es que, esta prerrogativa abarca un periodo de descanso durante el cual la madre se dedica, por un lado, a lactar y cuidar de su menor hijo en los primeros instantes de vida, y por otro, a recuperar su estado físico, que ya, por el sólo hecho de quedar embarazada y posterior a ello, dar luz a su hijo, queda comprometido, e incluso en algunos casos, abonándose a lo dicho, trasciende a su estado psicoemocional.

Relativo a lo primero, esto es, sobre la lactancia del naciente ser humano, la Organización Mundial de la Salud –OMS recomienda que, en “los seis primeros meses de vida los lactantes debieran ser alimentados exclusivamente con leche

¹⁷ ESCOBEDO, Anna. El Sistema de licencias parentales para el cuidado de los menores. En: Familias de ayer, familias de hoy. Barcelona: Icaria Editorial S.A, 2006, p. 238.

¹⁸ Ibid., P. 239.

¹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-204 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas y T-998 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

materna para lograr un crecimiento, un desarrollo y una salud óptimos²⁰. Y pasados estos, “a fin de satisfacer sus requisitos nutricionales en evolución, los lactantes deberían recibir alimentos complementarios y adecuados e inocuos desde el punto de vista nutricional, sin abandonar la lactancia natural hasta los dos años de edad, o más tarde²¹”.

En lo que concierne al cuidado del lactante, la Organización de los Estados Americanos - OEA, expresa: “La relación mamá-bebé se va construyendo desde el embarazo –desde que la madre fantasea acerca de su bebé- y es fundamental para la supervivencia y el desarrollo del niño/a. Es por ello que el tiempo que la madre cuida exclusivamente a su bebé, así como la calidad del cuidado que le brinda, es vital para el desarrollo del mismo²²”.

Acercando la relación lactancia – cuidado materno, se puede afirmar que es trascendental para el nuevo ser humano en sus primeros momentos de vida, recibir por parte de la mujer la leche que naturalmente produce, lo cual si se acompaña de ese cuidado sui generis de progenitora, se contribuirá al forjamiento normal y sano del infante en su primer ciclo de vida.

Con relación a lo segundo, es decir, la recuperación física y psicoemocional de la madre, la licencia también juega un papel importante, pues le permite a la mujer recuperarse de las alteraciones físicas sufridas antes y durante el parto, verbigracias las secuelas de la cirugía por cesárea o de los puntos que a nivel vaginal se le toman cuando se trata de parto natural. Hay mujeres que también se ven enfrentadas a trastornos temporales previos y posteriores al parto de tipo psicoemocional. Ello seguramente conlleva a que sea sometida a un tratamiento

²⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD - OMS. Nutrición del Lactante y del Niño Pequeño: Estrategia mundial para la alimentación del lactante y del niño pequeño. Colombia, Unicef. 2002. p. 19.

²¹ Ibid., p. 19.

²² ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. Las transiciones en la primera infancia: una mirada internacional. Washington, D.C. OEA/OEC. 2009. p. 40.

psicológico o psiquiátrico de acuerdo a la gravedad del caso, a fin de superar la alteración mental.

Ahora, en lo concerniente a la remuneración o prestación económica que debe recibir la madre lactante, se pregona que debe ser lo suficiente para asegurar la manutención de la mujer y la del hijo en buenas condiciones de higiene, y de acuerdo a su nivel de vida adecuado durante el termino que dure la licencia.

La prestación económica por licencia de maternidad, suple los ingresos pecuniarios que la madre trabajadora usualmente recibe como contraprestación al servicio personal que presta dentro de una relación laboral. Con ésta la mujer garantiza el cubrimiento de sus necesidades fundamentales y las del naciente ser humano. Como dice la Corte Constitucional, este derecho tiene “como objeto permitir la manutención de la madre y el hijo recién nacido (*Convenios No. 3 y 103, relativos al empleo de las mujeres antes y después del parto y de protección a la maternidad*), durante el período en que aquélla logra restablecerse y puede retornar a sus labores sin poner el peligro su salud, como el permitirle estar con el recién nacido durante las primeras semanas de su existencia y satisfacer las necesidades de éste (...)”²³.

No obstante a lo anterior, existen eventos facticos que de conformidad a la normatividad de seguridad social, no ameritan el reconocimiento de la prestación económica que envuelve la licencia de maternidad. En estos casos, sobre los cuales se puntualiza en el capítulo siguiente, la madre sólo entre a gozar del descanso, quedando desprovista del auxilio en dinero debido a que seguramente no lleno los estrictos requisitos que por ley se han impuesto dentro del ordenamiento jurídico para acceder al mismo.

²³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-139 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán.

1.3 FUNDAMENTOS DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD

Se considera que la licencia objeto de estudio tiene como pilar esencial la **protección a la maternidad**, específicamente la que va de la época del parto hasta las primeras semanas posteriores al nacimiento del infante. Se cree que este fundamento encierra cualquier otro criterio que se puede identificar como tal, y por tanto, estudiar separadamente, verbigracia: la maternidad y la mujer, la lactancia y cuidado del menor en su primer ciclo de vida, la protección a la familia, la igualdad material, la defensa de derechos fundamentales, tales como: la alimentación, el mínimo vital, seguridad social, entre otros.

Con relación a la **maternidad**, comenta Juan Pablo II, “ya desde un comienzo mismo, implica una apertura especial hacia la nueva persona; y éste es precisamente el papel de la mujer. En dicha apertura, esto es, en el concebir y dar a luz el hijo, la mujer se realiza en plenitud a través del don sincero de sí²⁴”. Esto, parafraseando a Gómez, tendría su razón de ser en el hecho de que, “la mujer puede llevar dentro de sí, por nueve meses, otro ser. Y aunque el padre participa en el proceso de la concepción, no está presente en el de la gestación ni en el del nacimiento. Engendrar un hijo, y llevarlo dentro, es uno de los más grandes componentes de la vida; además es la manera directa de participar en la conservación de la especie²⁵”.

Aunado a la anterior, Chinchilla y León, manifiestan:

²⁴ Juan Pablo II. Carta Apostólica Mulieris Dignitatem.VI. No. 18. Citado por: GOMÉZ HOYOS, Diana María. Legislación laboral referente a la protección de la maternidad en países de Centro y Suramérica (Derecho Comparado). En: Revista Díkaion, 2005, Vol.14, p. 183

²⁵ GOMÉZ HOYOS, Diana María. Legislación laboral referente a la protección de la maternidad en países de Centro y Suramérica (Derecho Comparado). En: Revista Díkaion, 2005, Vol.14. P. 183

La maternidad conlleva una comunión especial con el ministerio de la vida que madura en el seno de la mujer. Este modo único de contacto con el nuevo ser que se está formando crea, a su vez, una actitud hacia el hombre – no solo hacia el propio hijo, sino hacia el hombre en general-, que caracteriza profundamente toda su personalidad. En efecto, la madre acoge y lleva consigo otro ser, le permite crecer en su seno, le ofrece el espacio necesario, respetándole en su alteridad. Así, la mujer percibe y enseña que las relaciones humanas son auténticas si se abren a la acogida de otra persona, reconocida y amada por la dignidad que tiene por el hecho de ser persona y no de otros factores, como la utilidad, la fuerza, la inteligencia, la belleza o la salud²⁶.

De las referencias conceptuales mencionadas se resalta que las mismas, hacen alusión a la maternidad, como una esencia de la condición de ser mujer, que se identifica con la de ser madre, pero sobre todo, enfatizan en el aspecto relacionado con al “acto biológico²⁷” innato a la mujer, como son “concebir, gestar y dar a luz²⁸” a un ser humano.

Sin embargo, comenta Marrades²⁹, la maternidad no se reduce únicamente a la reproducción biológica, puesto que, al identificarse de este modo, se niega que lo trascendental de la reproducción humana no sea el proceso de concepción y gestación sino la tarea social, cultural, simbólica y ética de hacer posible la creación de un nuevo humano. La mujer al elegir ser madre, a partir de la concepción, y más específicamente desde la época del nacimiento o adopción del menor, se compromete a dedicar años de su vida a este ser. Por consiguiente, “el concepto de maternidad irradia más allá de los actos puramente biológicos que acabamos de mencionar, tanto es así que incluye otras formas de maternidad en los que la madre puede no haber engendrado, gestado ni parido a su hija o hijo, como la maternidad por adopción³⁰”. Dicho sea de paso, sobre éste particular, se

²⁶ CHINCHILLA, Nuria y LEÓN Consuelo. Patricia. La ambición femenina. Como reconciliar trabajo y familia. Chile. Aguilar. 2004, p. 40

²⁷ MARRADES PUIG. Ana. Luces y sombras del derecho a la maternidad: Análisis jurídico de su reconocimiento. Valencia – España, Universitat de València. 2002. P.28.

²⁸ Ibid., p. 28

²⁹ Ibid., p. 28

³⁰ Ibid., p. 28

recuerda que en Colombia para julio de 2010, la Corte Constitucional estableció una nueva subregla³¹ que le permite a las madres que adoptan menores de siete años, acceder a la licencia por maternidad. Ello se dio precisamente como una medida positiva en razón a la protección de la maternidad que va más allá del acto biológico citado.

Como complemento de la posición doctrinal anterior, Caamaño y Garriguez³², manifiestan de forma crítica al reseñar la protección de la maternidad dentro del derecho laboral, que ello ha discurrido de forma desigual a lo largo de la historia legislativa, ya que se parte por lo regular de la mera valoración de los aspectos más ligados con el proceso biológico de la maternidad como lo son el embarazo, parto y posparto, hasta el punto de que tal condicionante marca profundamente el signo de la regulación jurídica del trabajo femenino. “Esto ha generado casi una total identidad entre la regulación del trabajo de la mujer y la protección de su función reproductiva y/o su rol social como responsable del cuidado de los hijos³³”.

Ahora, sin perder de vista los criterios y reflexiones examinados sobre la maternidad, con relación a su protección jurídica, se parte de que para el derecho ésta, según kurczyn, “es un hecho jurídico, relacionado con la reproducción del ser humano, del cual surgen derechos y obligaciones. Las mujeres, como trabajadoras, tienen derechos relacionados con la maternidad³⁴”. Es por ello que los Estados dentro de sus ordenamientos jurídicos prevén garantías sui generis a favor de la mujer que está a punto de ser madre o de la que acaba de serlo. Precisamente uno de esas garantías es la licencia que se le confiere a la

³¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-543 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.

³² GARRIGUEZ GIMÉNEZ, Amparo, La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social. Citado por CAAMAÑO ROJO, Eduardo. Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. [en línea]. Dic. 2009, n.33 [citado 2011-05-18]. pp. 175-214. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n33/a04.pdf>. ISSN 0718-6851, p.186

³³ Ibid., p.186.

³⁴ KURCZYN VILLALOBOS. Patricia. Derechos de la mujer trabajadora. 2ª Edición. México: Universidad Autónoma de México, 2001. p. 48.

trabajadora en ocasión al hecho de la maternidad, la cual se regula generalmente por disposiciones de derecho laboral y seguridad social.

Cabe destacar que este derecho, ordinariamente deviene de protección a la maternidad reconocida normativamente en la legislación laboral y de seguridad social de los Estados, empero, en países como Colombia también proviene de la Constitución Política, esto por cuanto los bienes jurídicos involucrados que se protegen con el mismo, conllevan a salvaguardar a la madre, al recién nacido e incluso a la sociedad.

La protección a la maternidad, como se verifica en este trabajo, en el orden jurídico nacional es de rango Constitucional, exactamente fue elevado a ello desde 1991, pues el constituyente consciente de los **derechos fundamentales de las madres genitoras y de los lactantes**, decidió consagrarla en la nueva Carta Magna que para ese año crearon. Esto, como lo intuye la Corte Suprema de Justicia, se desprende del artículo 43 de la Carta, en el se registra el derecho que tiene “la mujer a recibir especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y después del parto; siendo una de las manifestaciones de amparo de maternidad, el reconocimiento del derecho a la licencia de maternidad, en el entendido que ésta constituye una prestación económica y se encuentra en conexidad con los derechos a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital de la madre y del menor (...)”³⁵.

Con el ordenamiento constitucional, de acuerdo a la Corte Constitucional, se protege “a la mujer en estado de gravidez debido a la importancia que ocupa la vida en el ordenamiento constitucional (CP Preámbulo y arts 2, 11 y 44), a tal punto que, como esta Corte ya lo ha destacado, el *nasciturus* recibe amparo jurídico en nuestro ordenamiento. Por ello la mujer en estado de embarazo es

³⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral, 20 Mayo. 2010, Tutela No. 47.829, M.P. Sigilfredo Espinosa Pérez.

también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como "gestadora de la vida" que es³⁶". Esta posición guarda total sintonía con lo mencionado al inicio de este apartado, cuando se hace alusión a la protección de la maternidad a partir del acto biológico de concebir, gestar y parir al ser humano. No obstante, cabe aclarar que este tribunal en su jurisprudencia no reduce ni fundamenta la guarda de la maternidad exclusivamente al acto biológico.

El amparo del que goza la maternidad en Colombia por parte del Estado, parafraseando a Isaza, "se desprende de la normatividad constitucional y legal en la materia, la cual prohíbe algunos trabajos durante la etapa del embarazo, a despedir en el mismo estado y gozar de descansos remunerados tanto en la época del parto como de lactancia³⁷".

Gómez y López, al respecto también precisan:

Que desde hace mucho tiempo la legislación laboral colombiana ha venido expidiendo medidas de amparo y protección a la mujer embarazada, no solo desde el punto de vista de las prestaciones asistenciales, como los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos, antes y después del parto sino con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas, que han generado mecanismos protectores que salvaguardan valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos mundialmente en convenios y recomendaciones internacionales suscritos y aceptados por nuestro gobierno³⁸.

Asociando a lo antepuesto, Caamaño y Garriguez³⁹, sostienen que la maternidad siempre ha sido objeto de especial atención, esto debido a los distintos bienes jurídicos que la integran, tales como: la salud y el bienestar de la mujer y del hijo, así como el establecimiento entre los progenitores y sus hijos de adecuados

³⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C -470 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁷ ISAZA CADAVID. Germán. Derecho laboral aplicado. 9ª Edición. Bogotá D.C, Leyer, 2005. p. 467.

³⁸ LOPEZ FAJARDO. Alberto. Elementos de derecho del trabajo. Parte individual y colectiva. Doctrina Y Jurisprudencia. Citado por GOMÉZ HOYOS, Diana María. Legislación laboral referente a la protección de la maternidad en países de Centro y Suramérica (Derecho Comparado). En: Revista Díkaion, 2005, Vol.14. P. 184.

³⁹ GARRIGUEZ. Op.cit., p.185.

vínculos relacionales y afectivos, todo ello, podría entenderse como una especial valoración a la institución de la familia. De este último aporte doctrinal, se resalta otro de los fundamentos de la licencia de maternidad, como lo es el valor fundante de toda sociedad: **la familia**. En este sentido, la Corte Constitucional expresa que, “este especial cuidado a la mujer embarazada y a la madre es también expresión de la centralidad que ocupa la familia en el orden constitucional colombiano, ya que ésta es la institución básica de la sociedad, por lo cual recibe una protección integral de parte de la sociedad y del Estado (CP art. 5 y 42) ⁴⁰”.

Como se puede colegir de lo examinado, la licencia de maternidad es un derecho en cabeza de la mujer y a su vez una medida protectora estatal que se fundamenta esencialmente en la protección de la maternidad, lo cual sobrelleva a proteger también: a la mujer durante dicho estado, al naciente ser en su lactancia y primeros cuidados, el valor fundante de la familia y los derechos fundamentales de la madre y el menor. Con respecto a estos se aseguran: la vida digna, la alimentación, el mínimo vital y la seguridad social, entre otros. La protección de los citados derechos, en palabras de la Corte Constitucional, supone una “protección doblemente reforzada, por cuanto concurren derechos fundamentales en cabeza tanto de la madre como del hijo al mismo tiempo, que forman una unidad, mayor que la suma de los elementos que la integran (madre e hijo) ⁴¹”.

Por otro lado, la protección a la maternidad, se cimienta en el derecho a la igualdad. Como se ha de recordar la mujer muy a pesar de todas las medidas que en la actualidad existen a su favor con el fin de evitar su discriminación en las esferas de su vida social, no deja de estar en una posición que la hace vulnerable a actos discriminatorios. Precisamente por ello y otros hechos de desigualdad previstos por el constituyente, se consagra en la Constitución Política de 1991, el

⁴⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C -470 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-682 de 2005. M.P. Humberto Porto Sierra.

derecho a la igualdad, como un mandato que convoca al Estado a “adoptar medidas a favor de grupos tradicionalmente discriminados y a proteger de manera especial a las personas que por cualquier circunstancia se hallen en una posición que los haga vulnerables. Este mandato supera la tradicional concepción liberal del derecho a la igualdad como igualdad formal e integra los principios del Estado Social donde el Estado debe asegurar el logro de la igualdad material para todos sus asociados⁴²”.

Obsérvese que sobre el particular, Pabón y Aguirre, expresan: “Como parte de la búsqueda de esa igualdad material, la Carta constitucional le otorgo una especial protección a la maternidad, mediante la consagración de normas constitucionales tendientes a este fin (...)”⁴³.

De igual modo, el Consejo de Estado con base a la Jurisprudencia Constitucional, ilustra:

Se trata de lograr una igualdad efectiva entre los sexos, por lo cual, el artículo 43, que establece esa cláusula específica de igualdad, agrega que la mujer, "durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada." Esto significa que el especial cuidado que la Carta ordena en favor de la mujer embarazada es, en primer término, un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres (CP arts 1_, 13 y 43), pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, por lo cual la Carta de 1991 estableció, como la Corte ya tuvo la oportunidad de destacarlo, que esta condición natural y especial de las mujeres, "que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla". En efecto, sin una protección especial del Estado a la maternidad, la igualdad entre los sexos no sería real y efectiva, y por ende la mujer no podría libremente elegir ser madre, debido a las adversas consecuencias que tal decisión tendría sobre su situación social y laboral⁴⁴.

⁴² PABÓN y AGUIRRE. Op. Cit., p. 26

⁴³ Ibid., p. 266

⁴⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera, 13 Junio. 2002, Rad 05001-23-31-000-2001-1124-01(AC). C.E. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Se tiene entonces, que la protección a la maternidad se edifica también sobre la igualdad material, ello por cuanto la mujer en razón a su maternidad se expone a ser marginada o discriminada en el desarrollo de las relaciones laborales. No obstante, como se puede inferir de lo mencionado, esa condición que conlleva a su discriminación, a su vez glorifica su derecho a la igualdad, puesto que la convierte en un sujeto especial de protección, y con base a ello, puede afrontar de manera positiva cualquier acto discriminatorio que en su contra se produzca debido a la maternidad en la esfera de la vida social.

Resumiendo lo expuesto, se puede predicar que sobre la protección de la maternidad, reposan otros criterios en los que se fundamenta, tales como: el amparo a la mujer, la lactancia del niño y su cuidado en los primeros instantes de vida, el valor de la familia, el principio de la igualdad y los derechos fundamentales a: la vida digna, alimentación, mínimo vital, seguridad social, entre otros. Todo ello por cuanto, éste cimiento, aparte de hacer relevancia al hecho de la maternidad y a la protección de la mujer, esencialmente contra actos discriminatorios en razón de aquella, a su vez, pregona el amparo de connotación normativo del que goza a nivel nacional e internacional por los Estados, cual necesariamente conlleva a referirse: al cuidado y lactancia materna del niño, a la guarda de los derechos fundamentales de éste y aquella, y, también de forma especial comporta la tutela del valor fundante de toda sociedad como lo es la familia.

1.4 CARACTERÍSTICAS

La licencia remuneratoria de maternidad se distingue: por ser un derecho de la madre trabajadora, goza de una consagración legal, genera un descanso y envuelve una prestación económica.

1.4.1. Es un derecho de la madre trabajadora. Como se puede deducir de la exposición doctrinal antes anotada, no hay duda alguna, que la licencia de maternidad es un derecho individual en cabeza de la madre trabajadora, regulado clásicamente por la normatividad laboral y seguridad social, reconocido dentro de la histórica clasificación de los derechos humanos como un derecho social.

Sobre la connotación de derecho social que ostenta históricamente la licencia de maternidad, es menester hacer las siguientes precisiones.

En la Constitución Política, la protección a la maternidad durante el embarazo y el parto, se encuentra dentro del capítulo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que va desde el artículo 42 al 77. Sin embargo, en sintonía con la nueva dogmática de los derechos humanos, se podría decir que el derecho a la licencia de maternidad es de índole fundamental, muy a pesar de que el catálogo de los mismos en la normatividad Constitucional, vaya desde el artículo 11 al 41, puesto que, la Corte Constitucional, parafraseando a Llamas, “ha dicho sabiamente que tanto los primeros como los segundos son derechos fundamentales, esto es, se pregonaba que el carácter fundamental de todos los derechos sin distinguir si se trata de DSEC, así como que dicha fundamentalidad tampoco debe derivar de la manera como estos derechos se hagan efectivos en la práctica”⁴⁵.

⁴⁵ LLAMAS ACUÑA, Jhon Jairo. Las garantías de los derechos sociales en Colombia: un estudio desde su principal garantía. Monografía para obtener el título de Abogado. Barranquilla -Colombia. Corporación Universitaria de la Costa- CUC, 2010, p. 77.

Al respecto obsérvese que la Corte enseña:

Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho, no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios –económicos y educativos- indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar⁴⁶.

La consideración de la licencia de maternidad, como un derecho fundamental ha sido develada por la Jurisprudencia Constitucional. A esta postura se le antepone la posición ideológica que la reconoce como un derecho social: calidad que ha ostentando durante años dentro de la clásica categorización de los derechos humanos. Cabe anotar que los defensores de este pensamiento, básicamente se fundamentan en que los catalogados como derechos Sociales, Económicos y Culturales –DESC, encierran una acción positiva a cargo del Estado, que se traduce en una prestación económica a favor de la madre trabajadora, suficiente para asegurar sus necesidades vitales y la del niño durante el término de dicha licencia. Sobre este particular, se expone más ampliamente en el Capítulo Tercero y Cuarto de este trabajo.

1.4.2 Consagración legal. La licencia por maternidad como queda claro con el presente capítulo, goza de una regulación normativa dentro del ordenamiento jurídico colombiano. De este modo, actualmente se encuentra reconocida en primera instancia, en la Constitución Política de 1991, teniendo en cuenta por una parte que, la mujer durante el embarazo y después del parto goza de especial

⁴⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-016 de 2007. MP. Humberto Sierra Porto.

asistencia y protección del Estado según su artículo 43⁴⁷, y por otra, porque dicha licencia está concebida en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que de acuerdo al artículo 93 superior, integran el régimen jurídico interno.

Dentro de los instrumentos internacionales que componen el orden jurídico nacional, en los cuales se consagra la licencia de maternidad, se encuentra primero, el Convenio 03 de 1919 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT: relativo a la protección de la maternidad, ratificado el 20 de junio de 1933 y segundo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ratificado mediante ley en 1968.

En la ley, y con más años de antigüedad en comparación con la regulación Constitucional, este derecho se establece en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

Siguiendo en línea descendente, existen diferentes decretos y leyes que reglamentan la materia, los cuales como se anota en el...**ítem 1.1...** de este capítulo datan desde 1938. Estos en su gran mayoría se refieren a los requisitos exigidos para acceder a la prestación económica que genera la incapacidad por maternidad. Este tema se vuelve a tocar con más amplitud en el capítulo siguiente.

1.4.3 Genera un descanso. La licencia de maternidad, dentro del derecho laboral y seguridad social, genera la ausencia del lugar del trabajo de la madre trabajadora, a quien debido a su maternidad se le otorga un descanso o se le permite el cese de su actividad laboral, para que se recupere físicamente y a su vez alimente y cuide a su menor en los primeros instantes de vida.

⁴⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política de 1991. (20, julio, 1991) Gaceta Constitucional. Bogotá D.C. No. 116. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 02 de Mayo de 2011]. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr001.html#43

Este descanso que anteriormente era de 12 semanas, hoy es de 14, según la más reciente modificación que sufrió el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo por el artículo 01 de la ley 1468 de 2011.

Esta ampliación del término de la licencia, concuerda con lo dispuesto en el Convenio 183 de 2000, relativo a la protección de la maternidad, de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, cual consagra que dicha licencia tendrá “una duración de al menos catorce semanas⁴⁸”.

Lo novedoso del cambio legislativo, aparte de las dos semanas que se adicionan a las actuales, es que las mismas pueden entrar a correr antes del parto, es decir, la madre dispondrá de 15 días previos al alumbramiento para descansar y sobre todo para prepararse para tal hecho. Con respecto a esto, se volverá en el Capítulo Dos.

1.4.4 Envuelve una prestación económica. Como también queda suficientemente claro dentro del presente capítulo, la licencia de maternidad por regla general lleva consigo el reconocimiento de una prestación económica a favor de la madre con cargo a la Entidad Promotora de Salud – EPS o dado el caso al empleador, la cual debe ser lo suficiente para suplir las necesidades vitales de la mujer y de su menor hijo durante el tiempo que demore ésta.

⁴⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C183 Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000. [en línea]. Instrumento en situación provisoria. Ginebra. OIT. 2006. [Citado en 14 abril de 2011]. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C183>

2. LA LICENCIA DE MATERNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

En las siguientes líneas se demarca la licencia remuneratoria por maternidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Ello implica, examinar el componente normativo que se refiere a ésta, el cual se encuentra integrado por un sin número de normas que se pueden enlistar en el siguiente orden:

- Instrumentos, convenios y tratados internacionales
- Constitución Política
- Leyes y decretos reglamentarios

Como se constata a continuación, Colombia cuenta con un nutrido cuerpo de normas que reglan la anunciada prerrogativa, cuales hacen suponer a prima facie que la misma se le garantiza a la madre trabajadora.

En el orden que se relacionan las disposiciones regulatorias de la licencia remuneratoria por maternidad, se pasa a reglón seguido a hacer un análisis sobre las mismas.

2.1 INSTRUMENTOS, CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES

Existe un valioso número de normas internacionales que consagran la licencia remuneratoria de maternidad, las cuales han sido el resultado del esfuerzo e

interés general de la comunidad internacional por proteger la maternidad cuando la genitora es una trabajadora dependiente e independiente.

Partiendo de que se trata de equilibrar la carga laboral con la condición que nace en gracia a la maternidad, muchos Estados conscientes de la importancia de una y otra, han decidido expresar y plasmar su voluntad mancomunada de proteger ambas circunstancias a través de pronunciamientos multilaterales de carácter internacional, verbigracia los Convenios: 03 de 1919, 103 de 1952 y el 183 de 2000, todos de la Organización Internacional de Trabajo. También el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, adoptado por las Naciones Unidas. Estos y otros instrumentos internacionales hacen parte de las garantías jurídicas con los cuales se garantiza el referido derecho.

2.1.1 Convenio 03 de la OIT. El nombrado Convenio que data de 1919, año durante el cual se realizó la primera conferencia de la Organización Internacional del Trabajo –OIT, y, que entró en vigor el 13 de junio de 1921, es la primera norma internacional relativa a la protección de la maternidad y al empleo antes y después del parto, producto de la voluntad y sentir general de los Estados que participaron en esa primigenia reunión de este órgano internacional.

Es menester resaltar que, para la citada organización global la maternidad durante el trabajo fue objeto de preocupación e interés desde el momento mismo de su creación, es por ello, que en esa primera reunión, los Estados partes, entre esos el colombiano, decidieron concretar un derecho a favor de la mujer trabajadora que, por una parte, protegiera su condición naturalísima de concebir un nuevo ser humano y de compartir con él sus primeros instantes de vida y, por otra, conservará su condición laboral. En otras palabras, con este Convenio se buscaba salvaguardar el trabajo de la mujer y al tiempo su rol de madre.

El Convenio 03 entró a hacer parte del ordenamiento jurídico interno a partir del 20 de junio de 1933, fecha en que fue ratificado por Colombia, por consiguiente se cree que este pueda ser el primer vestigio de consagración legal sobre la licencia remuneratoria de maternidad existente en el país.

Este instrumento sobre la protección a la maternidad, consagra específicamente la licencia remuneratoria por maternidad en su artículo 3, cual a su tenor reza:

En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;

b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;

c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto;

d) tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia⁴⁹.

De lo correspondiente a la licencia remuneratoria de maternidad, se infiere de la anterior disposición básicamente que, este derecho prestacional implica que la madre: 1) debe presentar un certificado donde conste su estado de gravidez y la

⁴⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C3 Convenio sobre la maternidad, 1919. [en línea]. Instrumento en situación provisoria. Washington. OIT. 2006. [Citado en 14 abril de 2011]. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C003>

posible fecha de su alumbramiento; 2) tendrá derecho a un descanso no menor de seis semanas después del parto; 3) recibirá una remuneración económica suficiente para asegurar su manutención y la de su hijo, cuyo valor corresponderá al que establezca la autoridad competente de cada Estado y 4) recibirá asistencia médica gratuita, la cual se supone que es durante y después de su parto hasta seis semanas.

Ahora, y aunque en la actualidad en el caso colombiano la mencionada licencia se encuentra reglamentada dentro del ordenamiento jurídico interno y difiere en ciertos aspectos de lo consignado en el Convenio, como por ejemplo en cuanto al término de duración, el cual es de 14 semanas, es decir ocho semanas más de las consagradas en dicho Convenio, se considera que el mismo es la columna vertebral que existe sobre la materia dentro del orden normativo nacional, pues, fue a partir de su ratificación por Colombia, que se marcó el decurso normativo sobre este derecho en cabeza de la madre trabajadora.

Por otro lado, cabe resaltar que el Convenio 03, fue revisado el 4 junio de 1952 en el marco de la trigésima quinta reunión de la Conferencia de la OIT realizada Ginebra Suiza, mediante el Convenio núm. 103, con el cual se pretendió “extender el campo de la protección garantizada a un mayor número de categorías de trabajadoras y de tener en cuenta las evoluciones, en particular, en el ámbito de seguridad social⁵⁰”.

En lo atinente a la licencia de maternidad, el Convenio 103 preceptúa en su artículo 3:

1. Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico en el que se indique la fecha presunta del parto, a un descanso de maternidad.

⁵⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2004 (I). Ginebra Suiza. OIT. 2006. p. 10

- 2. La duración de este descanso será de doce semanas por lo menos; una parte de este descanso será tomada obligatoriamente después del parto.*
- 3. La duración del descanso tomado obligatoriamente después del parto será fijada por la legislación nacional, pero en ningún caso será inferior a seis semanas. El resto del período total de descanso podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda.*
- 4. Cuando el parto sobrevenga después de la fecha presunta, el descanso tomado anteriormente será siempre prolongado hasta la fecha verdadera del parto, y la duración del descanso puerperal obligatorio no deberá ser reducida.*
- 5. En caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del embarazo, la legislación nacional deberá prever un descanso prenatal suplementario cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente.*
- 6. En caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del parto, la mujer tendrá derecho a una prolongación del descanso puerperal cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente⁵¹.*

Aclarando que este Convenio no fue ratificado por Colombia, vale la pena comentar algunas diferencias con el anterior, teniendo en cuenta que ciertas reglas fueron copiadas por el ordenamiento jurídico nacional. Por obvias razones de modo y tiempo, éste último convenio en lo que se relaciona con la licencia remuneratoria por maternidad, es mucho más técnico en cuanto a redacción y benevolente, sin embargo, guarda el espíritu y sentido que dio origen al Convenio 03, como es la protección al trabajo de la mujer y a la maternidad, lo cual implica necesariamente la guarda del recién nacido.

⁵¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C103 Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952. [en línea]. Instrumento en situación provisoria. Ginebra. OIT. 2006. [Citado en 14 abril de 2011]. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C103>

Los cambios más notables introducidos por el Convenio 103, se sintetizan en que: 1) amplió a 12 semanas la duración de la licencia y 2) determinó que el descanso puede iniciarse antes de la fecha del parto.

También es menester recalcar que, el convenio 103 de 1952 fue revisado mediante el Convenio 183 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su octogésima octava reunión del 30 de mayo del 2000 llevada a cabo en Ginebra Suiza. La entrada en vigor en febrero de 2002 de este nuevo convenio “marcó un avance suplementario tanto en lo que se refiere a las personas cubiertas como el alcance de la protección⁵²”.

Éste establece en su artículo 4:

LICENCIA DE MATERNIDAD.

ARTÍCULO 4.

1. Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas.

2. Todo Miembro deberá indicar en una declaración anexa a su ratificación del presente Convenio la duración de la licencia antes mencionada.

3. Todo Miembro podrá notificar posteriormente al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, mediante otra declaración, que extiende la duración de la licencia de maternidad

4. Teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger la salud de la madre y del hijo, la licencia de maternidad incluirá un período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto, a menos que se acuerde de otra forma a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores.

⁵² OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Aplicación de las normas internacionales del trabajo. Op.cit., p. 10

5. El período prenatal de la licencia de maternidad deberá prolongarse por un período equivalente al transcurrido entre la fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tiene lugar efectivamente, sin reducir la duración de cualquier período de licencia obligatoria después del parto⁵³.

Como podrá observarse, la novedad esencial de este Convenio radica en la ampliación del descanso obligatorio, cual paso de 12 a 14 semanas, tal y como se denota en el numeral primero del artículo citado.

Sin olvidar que de los examinados Convenios de la OIT, sólo el 03 fue ratificado por Colombia, de modo general se puede aseverar que estos consagran la licencia remuneratoria objeto de este estudio, concibiéndola como una medida con la cual se protege la maternidad en esos primeros instantes de vida del nuevo ser humano. Y en cuanto a normas precisas para hacer efectivo el derecho a la licencia remuneratoria, se puede afirmar también que este órgano global desde sus inicios viene marcando reglas, que con el tiempo han sido ampliadas tal y como lo reflejan los Convenios descritos.

Por otra parte, cabe anotar que de todas estas normas internacionales, los citados son los que aparte de consagrar dicho derecho, reglamentan de cierto modo el mismo. Igualmente, vale indicar que la OIT también ha adoptado un sinnúmero de recomendaciones relativas al tema, cuales son: 1) R12 (Retirada) Recomendación sobre la protección de la maternidad (agricultura), 1921; 2) R95 Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952 y 3) R191 Recomendación sobre la protección de la maternidad, 2000. La primera recomendación (R12) hace básicamente alusión a que los Estados partes deben adoptar medidas para garantizar a las mujeres empleadas en las empresas agrícolas una protección, antes y después del parto. La segunda recomendación (R95) se refiere

⁵³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C183 Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000. [en línea]. Instrumento en situación provisoria. Ginebra. OIT. 2006. [Citado en 14 abril de 2011]. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C183>

esencialmente a que el término de duración de la licencia debe prolongarse a 14 semanas. Y la tercera recomendación (R191) fundamentalmente concibe que la duración de la licencia se amplíe a 18 semanas.

2.1.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Este tratado multilateral emanado por la Organización de las Naciones Unidas que trata sobre el reconocimiento a los derechos económicos, sociales y culturales, fue adoptado en el marco de una asamblea general de dicho organismo, mediante resolución 2200^a (XXI), del 16 de diciembre de 1966 y entró en vigencia el 03 de enero de 1976.

La norma internacional arriba mencionada, que fuera aprobada por Colombia mediante ley 74 de 1968, hace alarde a la licencia remuneratoria de maternidad en su artículo 10.2 cuando consagra que: “Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social⁵⁴”.

Como podrá desprenderse el PDESC consagra esta prerrogativa, y aunque no la reglamenta, la reconoce como un derecho a favor de la madre trabajadora.

2.1.3 Protocolo de San Salvador.

Conocido también como Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, se suscribió el 17 de noviembre de 1988 en El

⁵⁴ NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. [en línea]. Instrumento en situación provisoria. México. CINU, 2000. Última actualización: Enero 25 de 2007 [Citado el 28 de abril de 2011]. Disponible: <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidesc.htm>

Salvador durante el marco del decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas OEA.

Este instrumento internacional, aprobado en Colombia a través de la ley 319 de 1996, en similar forma que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consagra la licencia remuneratoria por maternidad en la parte final del numeral 2 del artículo 9 de la siguiente forma: "Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto⁵⁵".

El pacto de San Salvador anuncia que la mujer trabajadora por virtud de su derecho a la seguridad social, tendrá derecho a una licencia retribuida por maternidad antes y después del parto. Como se podrá inferir, esta disposición se sintoniza con los convenios 103 y 182 de la OIT relativos a la protección de la maternidad en lo relacionado a que, la genitora podrá empezar a disfrutar de su descanso previa y posteriormente al alumbramiento. Y con respecto a la prestación económica, coincide con todos los instrumentos relacionados en este aparte del trabajo.

2.1.4 Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - CEDAW. Ésta fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas – ONU el 18 de diciembre de 1979 a través de la resolución 34/180, y fue aprobada por Colombia mediante la ley 51 de 1981. Como su

⁵⁵ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador". [en línea]. Instrumento en situación provisoria. Washington D.C OAS. Citado el 20 de junio de 2011]. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

nombre lo indica, este convenio nace en el marco de la lucha contra cualquiera discriminación, restricción o exclusión que reciba la mujer en razón de su sexo. Específicamente con respecto a la consagración de la licencia de maternidad en esta convención, dicha prerrogativa se adoptó para “impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar⁵⁶”.

El convenio mencionado sobre la licencia remuneratoria de maternidad en su artículo 11, literal b, numeral 2º, dispone: “Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales⁵⁷”. Como puede constatarse de lo anterior, en éste se exhorta a que los Estados partes implementen el analizado derecho, pero sobre todo enfatiza que la mujer trabajadora no podrá perder su empleo, su antigüedad o los beneficios sociales con motivo a la maternidad. Esta última parte de la regla citada, guarda consonancia directa con lo contenido en su literal a), cual prescribe la prohibición “bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad⁵⁸”.

2.2 CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La Constitución Política de 1991 consagra una amplia gama de derechos, libertades y prerrogativas de forma expresa o tácita, con los cuales se busca esencialmente asegurar la vida digna de un ser humano. Estos han sido

⁵⁶ NACIONES UNIDAS. Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - CEDAW. [en línea]. Instrumento en situación provisoria. México. CINU, 2000. Última actualización: 9/06/04.[Citado el 28 de abril de 2011]. Disponible en: http://www.cinu.org.mx/biblioteca/documentos/dh/c_elim_disc_mutxt.htm

⁵⁷ Ibid.,

⁵⁸ Ibid.,

catalogados por las teorías clásicas de derechos humanos como: 1) fundamentales; 2) sociales, económicos y culturales - DESC y 3) colectivos. La licencia remuneratoria por maternidad de conformidad a la anterior clasificación podría situarse dentro de la segunda categoría. Distinción que coincide incluso, con la ubicación normativa de la protección a la maternidad en el Título I: De los Derechos, las Garantías y los Deberes; Capítulo II: De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, artículo 43 de esta Constitución.

El citado artículo anuncia y prescribe: “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada⁵⁹”. (Subrayando fuera del texto)

Al leerse la citada disposición constitucional, se puede suponer que la licencia remuneratoria por maternidad no se encuentra expresamente consagrada en la mencionada Constitución, sin embargo, se puede aseverar que al preceptuarse de forma general la protección de la mujer durante del embarazo y después del parto, la hipótesis particular del amparo de la mujer trabajadora que alumbró a un menor, se deduciría al interpretarse la regla abstracta antes descrita, es decir, la licencia de maternidad como medida para proteger a la genitora trabajadora y al menor es, una derivación de la protección a la maternidad concebida en el artículo 43 de la Carta.

La anterior aseveración se efectúa de conformidad a la jurisprudencia constitucional existente sobre la remuneración de la licencia por maternidad, la cual por lo regular escudriña en sus fundamentos para concederla, lo reglado en el

⁵⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política de 1991. (20, julio, 1991) Gaceta Constitucional. Bogotá D.C. No. 116. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 02 de Mayo de 2011]. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr001.html#43

artículo constitucional mencionado. Así por ejemplo, en Sentencia T-1036 de 2010, la Corte Constitucional al revisar un fallo de tutela donde se discutía el otorgamiento de esta licencia, expresa que: “La mujer trabajadora en estado de embarazo y en la época posterior al parto, goza de una especial protección constitucional de acuerdo a lo consignado en el artículo 43 de la Carta Política⁶⁰”.

Con mayor amplitud se hablará del tema en el **Capítulo** subsiguiente.

2.3 LEYES Y DECRETOS

Antes de aludir a las leyes y decretos que en la actualidad regulan la licencia remuneratoria por maternidad, a título de ilustración histórica se hace un breve repaso de la normatividad que antes de 1991 consagraba y reglamentaba dicho derecho. Así pues, se encuentra primero la ley 53 de 1938, la cual en su artículo 1º estableció: “Toda mujer en estado de embarazo, que trabaje en oficinas o empresas, de carácter oficial o particular, tendrá derecho, en la época del parto, a una licencia remunerada de ocho semanas⁶¹”. En igual sentido, en cuanto al término de duración de la licencia remuneratoria por maternidad, se consagra la anterior regla en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, adoptado mediante el Decreto Ley No 2663 de 1950.

Junto a las anteriores normas existen otras que reglaron la protección a la maternidad, tal como: los decretos “13 de 1967, 995 de 1968 y las Leyes 73 de 1966, 27 de 1974 (...); en el sector público, mediante el decreto Ley 3135 de 1968

⁶⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1036 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 53 de 1938. (29, abril, 1938). Por el cual se protege la maternidad. Diario Oficial. Bogotá D.C. No. 23.764. Base de datos de documentos. [en línea]. [Consultado el 15 de Junio de 2011]. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/ley/ley_0053_1938.html

y su reglamentario 1848 de 1969 se estableció en el llamado fuero de maternidad⁶².

Del mismo modo, existieron otros cánones legales relacionados con algunos requisitos para acceder a la remuneración de la licencia por maternidad, verbigracia el decreto 1338 de 1994, el cual en el párrafo 3 de su artículo 25 (*Del Periodo De Protección Laboral*) indicó que, se requería como mínimo que “la afiliada haya cotizado por un período mínimo de doce (12) semanas antes del parto⁶³”.

2.3.1 Código Sustantivo del trabajo. En la actualidad, la licencia por maternidad se encuentra consagrada en el artículo 236 del nombrado Código, el cual fue modificado por el artículo 34 de la ley 50 de 1990, y más recientemente por la ley 1468 de 2011. Antes de la última modificación dicho artículo expresaba literalmente:

- 1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.*
- 2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.*
- 3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al {empleador} un certificado médico, en el cual debe constar:*

⁶² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena, 28 Jul. 1996, Rad I: S-638, C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

⁶³ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1338 de 1994 (05, agosto, 1994). Por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, contenidas en el Acuerdo número 008 de 1994. Diario Oficial. Bogotá D.C. No. 41.478. Base de datos de documentos. [en línea]. [Consultado el 15 de Junio de 2011]. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/decreto/decreto_1338_1994.html

- a). El estado de embarazo de la trabajadora;
 - b). La indicación del día probable del parto, y
 - c). La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.
4. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor ~~de siete (7) años de edad~~, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.

Estos beneficios no excluyen al trabajador del sector público.

PARAGRAFO. <Parágrafo modificado por el artículo 1 de la Ley 755 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> <Aparte tachado INEXEQUIBLE> La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ~~cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre~~ ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Con la nueva ley 1468 de 2011, mediante la cual aparte del artículo citado se modifican también el 57, 58 y 239 del citado código y se dictan otras disposiciones, se establecen ciertas modificaciones con respecto a la licencia de maternidad.

Véase entonces, que la nueva ley dispone en su artículo 1:

El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora;

b) La indicación del día probable del parto, y

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. ...

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con Parto Múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más.

...

7. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 14 semanas de licencia a que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) Licencia de maternidad Preparto. Esta será de dos (2) semanas con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre no puede optar por estas dos (2) semanas previas, podrá disfrutar las catorce (14) semanas en el postparto inmediato.

Así mismo, la futura madre podrá trasladar una de las dos (2) semanas de licencia previa para disfrutarla con posterioridad al parto, en este caso gozaría de trece (13) semanas posparto y una semana preparto.

b) licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración de 12 semanas contadas desde la fecha del parto, o de trece semanas por decisión de la madre de acuerdo a lo previsto en el literal anterior.

Parágrafo 1°. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 14 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley.
[...]

(...)

(...)
(...)

Parágrafo 2°. De las catorce (14) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce.

Parágrafo 3°. Para efecto de la aplicación del numeral 5 del presente artículo, se deberá anexar al certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad⁶⁴.

Del citado artículo se resaltan las siguientes reglas:

- La duración del descanso por maternidad será de 14 semanas que podrán contarse de la siguiente forma: 1) Desde dos semanas antes de la presunta fecha del parto, sin embargo, si por razones medicas la madre no puede optar por lo anterior, gozará de dicho periodo después del parto y, 2) A partir de la semana anterior a la fecha del posible parto. En esta ocasión, la madre gozará de las 13 semanas restantes en el posparto.
- La remuneración que recibirá la madre equivaldrá al salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso, es decir, que la madre le corresponde prácticamente por cada mes que pase con motivo a la licencia, un salario igual al percibido a la fecha del descanso. Ahora, si se trata de una mujer trabajadora que recibe salario no fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se tiene en cuenta el salario promedio devengado por ésta en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor

⁶⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1468 de 2011. (30, junio, 2011). Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C. No 48.116. Base de datos de documentos. [en línea]. [Consultado el 10 de Julio de 2011]. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1468_2011.html#1

- La mujer debe presentar al empleador, claro si se trata de trabajadora dependiente, certificado médico, donde conste: 1) el estado de gravidez; 2) se indique el día del posible parto, y 3) la indicación del día a partir del cual debe iniciar la licencia, teniendo en cuenta que, ésta puede empezar dos semanas antes del parto.

De todo lo anterior, obsérvese que la novedad más importante traída a colación por la ley 1468 de 2011, se relaciona con la ampliación del termino de duración del descanso por licencia de maternidad, cual paso de 12 a 14 semanas. Este incremento para concepto de este investigador, se origina en atención a lo dispuesto por la Organización Internacional del Trabajo OIT en su convenio 183 de 2000 y en la Recomendación No. 95 de 1952, ambos no ratificados por Colombia. Se recuerda que estos instrumentos internacionales consagran el término de la licencia antes anunciado.

2.3.2 Ley 100 de 1993. Esta ley mediante la cual se crea el Sistema De Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, hace alusión en su artículo 207 a las personas jurídicas que les corresponde reconocer y pagar la licencia de maternidad dentro del régimen contributivo. Éstas según dicha ley son las Entidades Promotoras de Salud - EPS, quienes de conformidad a las disposiciones vigentes tendrán que determinar el descanso y cubrir la prestación económica que ésta amerita en los eventos en que una madre trabajadora dependiente le cotice su empleador o tratándose de independiente lo haga directamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2.3.3 Decreto 806 de 1998. El precitado decreto, mediante el cual se “reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los

beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional⁶⁵”, aparte de reconocer el derecho a la licencia remuneratoria de maternidad, reglamenta su acceso al señalar algunos requisitos para tal efecto. Éste regula exactamente la materia en sus artículos 2, 28, 63, 70 y 80.

De este articulado se resalta el artículo 63, que a su tenor reza: “LICENCIAS DE MATERNIDAD. El derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación⁶⁶”. Como se deduce de la lectura de esta regla, dicho decreto establece como requisito para que la madre pueda acceder a la remuneración, que ésta haya cotizado un periodo igual al de su gestación.

Igualmente, es menester destacar lo dispuesto en el artículo 70: “Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al período durante el cual se reconozca (...) una licencia de maternidad, se tomará como Ingreso Base de Cotización, el valor (...) la licencia de maternidad (...), manteniéndose la misma proporción en la cotización que le corresponde al empleador y al trabajador⁶⁷”. Lo anterior sencillamente quiere decir que, para cancelar la licencia, el IBC se calcula sobre el valor de la precitada prestación.

En síntesis el decreto 806 de 1998 define las siguientes reglas: 1) “Cuando el empleador incurra en mora en el pago de los aportes deberá asumir directamente el pago de la licencia de maternidad⁶⁸”; 2) “Es requisito para acceder a la licencia

⁶⁵ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Decreto 806 de 1998. (30, abril, 1998). Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional. Diario Oficial. Bogotá D.C, No. 43.291. Base de datos de documentos. [en línea]. [Consultado el 15 de Junio de 2011]. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/decreto/decreto_0806_1998.html

⁶⁶ Ibid.,

⁶⁷ Ibid.,

⁶⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-223 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

de maternidad haber cotizado, como mínimo por un período igual al de la gestación⁶⁹; 3) “Durante la licencia de maternidad el IBC se calcula sobre el valor de la respectiva prestación económica⁷⁰”.

2.3.4 Decreto 1406 de 1999. Como norma complementaria del decreto 806 de 1998, aparece la nombrada norma. A través de éste, se adoptan entre otras, unas disposiciones reglamentarias sobre la Ley 100 de 1993.

Este decreto hace mención directa a la licencia remuneratoria de maternidad en sus artículos artículos: 27, 40 y 44.

De los artículos citados, se destaca el 27, cual señala en su párrafo 2º: “En el Sistema General de Seguridad Social en Salud, las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de incapacidades por enfermedad general y licencia de maternidad⁷¹”.

También, se subraya el párrafo 1º del artículo 40, el cual advierte que durante el periodo de la licencia “habrá lugar al pago de los aportes a los Sistemas de Salud y de Pensiones. Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al período por el cual se reconozca al afiliado (...) una licencia de maternidad, se tomará como Ingreso Base de Cotización el valor de la incapacidad o licencia de maternidad según sea el caso⁷²”.

⁶⁹ Ibid.,

⁷⁰ Ibid.,

⁷¹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1406 de 1999. Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 43.652, del 2 de agosto de 1999. Base de datos de documentos. [en línea]. [Consultado el 15 de Junio de 2011]. Disponible en: http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/decreto/1999/decreto_1406_1999.html

⁷² Ibid.,

La Corte Constitucional abrevia las reglas que sobre licencia remuneratoria por maternidad trae a colación el renombrado decreto así: 1) “Para la liquidación de la licencia de maternidad sólo se tiene en cuenta el cuarenta por ciento (40%) de las variaciones al salario que excedan el Ingreso Base de Cotización promedio de los 12 meses anteriores⁷³”; 2) “Durante la licencia de maternidad son obligatorios los aportes a salud y pensiones⁷⁴”; 3) “Las trabajadoras independientes cotizarán, durante la licencia de maternidad, la parte que de ordinario corresponde a las trabajadoras dependientes y el excedente será a cargo de la EPS⁷⁵”.

2.3.5 Decreto 1804 de 1999. Este decreto a través del cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, alude a la estudiada licencia en su artículo 21, concibiéndose en el mismo, requisitos más rigurosos para la cancelación o reembolso de la licencia de maternidad a los empleadores y trabajadores independientes.

El citado artículo reza;

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LICENCIAS. Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

⁷³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-223 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁷⁴ Ibid.,

⁷⁵ Ibid.,

Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al Sistema, el período de que trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al Sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias.

(...)

2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora.

Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema.

En estos mismos eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias.

3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema⁷⁶.

Parafraseando a la Corte Constitucional, las formuladas reglas sobre la licencia remuneratoria por maternidad se pueden sintetizar de la siguiente forma:

- Haber cancelado en forma completa las cotizaciones durante el año anterior a la fecha de solicitud, en caso de que quien reclame sea el empleador - la regla debe cumplirse frente a todos los trabajadores;

⁷⁶ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1804 de 1999. (14, septiembre, 1999). Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C. No. 43.708. Base de datos de documentos. [en línea]. [Consultado el 15 de Junio de 2011]. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/decreto/decreto_1804_1999.html

- Que los pagos hayan sido efectuados de manera oportuna al menos 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho;
- No tener deudas pendientes con EPS o IPS;
- Cuando no proceda el pago de la licencia por parte de la EPS o el empleador incurra en mora en las cotizaciones causadas durante la licencia será éste el que deberá asumir su pago;
- Las trabajadoras independientes pierden su derecho a la licencia de maternidad en caso de no pagar las cotizaciones correspondientes durante la licencia de maternidad;
- Se requiere también suministrar información veraz y cumplir con las reglas de movilidad entre entidades⁷⁷.

2.3.6 Decreto 047 de 2000. Esta norma mediante la cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones al Sistema De Seguridad Social en Salud, consagra en el numeral 2º del artículo 2 la regla sobre el periodo mínimo de cotización, que se requiere para acceder a la cancelación de la prestación económica de la licencia por maternidad.

Textualmente expresa la disposición mencionada: “Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás

⁷⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-223 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión⁷⁸”.

Añade: “Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso...⁷⁹”.

Como fácilmente se puede deducir, el mencionado decreto instituye que la madre afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud, para poder acceder a la prestación económica derivada de la licencia de maternidad, debe cotizar de manera continua y sin interrupciones a dicho sistema durante todo el periodo de gestación. Aunado a lo anterior, concibe que el empleador tenga el deber de cancelar la precitada prestación cuando medie una relación laboral con la madre gestante, y, no se cotice completamente al Sistema de Seguridad Social en Salud por el periodo de gestación.

⁷⁸ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Decreto 47 de 2000. Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. 43.882 del 7 de Febrero de 2000. Base de datos de documentos. [en línea]. [Consultado el 15 de Junio de 2011]. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6261>

⁷⁹ Ibid.,

3. LA LICENCIA REMUNERATORIA DE MATERNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Antes de entrar en materia, se considera necesario hacer una breve y simplificada conceptualización sobre la figura judicial denominada jurisprudencia, como también de la conocida en el medio como precedente judicial, ello a fin de ilustrar al lector con respecto a las mismas, lo cual es de suma importancia para el correcto entendimiento de lo que sigue del presente trabajo de investigación, sobre todo para escudriñarlo a efectos de lograr una positiva práctica jurídica en materia de remuneración de la licencia por maternidad.

Iniciando por el concepto de jurisprudencia, Burgoa señala que ésta es el conjunto de “interpretaciones y consideraciones jurídicas integrativas uniformes que hace una autoridad judicial designada para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derecho especiales y determinados que surgen en un criterio número de casos concretos semejantes que se presenten, en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las mencionadas autoridades y que expresamente señala la ley⁸⁰ⁿ.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de enero 23 de 2003, determina que la jurisprudencia es:

El resultado de la ponderación detenida y profunda de las diversas tesis expuestas sobre los puntos de derecho discutidos por los litigantes, analizados por doctrinantes y estudiados por los jueces en las instancias; de tal suerte que las decisiones doctrinales referidas están soportadas en la experiencia, el conocimiento de los diversos planteamientos esgrimidos en el desarrollo de los debates judiciales y aún en la actividad académica, de manera que sus juicios, así debe entenderse, son los

⁸⁰ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. El Juicio de Amparo. Ed. 43º. México. Ediciones Porrúa. 2009. p. 821, Citado por ARIAS FONSECA. Jaime. Diferencias entre Precedente Judicial y Jurisprudencia. En: I Encuentro de Semilleros de Grupo de Investigación (05 – 10 – 2010; Barranquilla, Atlántico). Memorias. Barranquilla D.I.E.P. Corporación Universitaria de la Costa. 2010. p. 10.

*que aclaran o definen con acierto las imprecisiones de la ley o suplen debidamente los vacíos que ésta revela*⁸¹.

Relevante por lo tanto es reconocer, como comenta Arias⁸², que jurisprudencia en términos simplificados es el conjunto interpretaciones, consideraciones y posiciones jurídicas sobre puntos de derecho concretadas por los jueces en sus sentencias, “esto sin querer desconocer conceptos de mayor jerarquía doctrinal⁸³”.

Por otro lado, en lo concerniente al precedente judicial, Díez Picazo establece que éste, “en rigor, es un caso ya decidido que actúa como directriz de la decisión del nuevo caso planteado⁸⁴”.

Leonor Moral indica que: “es la decisión judicial que será utilizada para la solución de casos posteriores⁸⁵”.

Por su parte, el ya citado Arias subraya que “precedente judicial, hace referencia a una resolución judicial anterior en la cual se abordó, discutió y se resolvió un punto

⁸¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 3 Ene. 2003. Exp. No. 1870. Citado por: ARIAS FONSECA. Jaime. Diferencias entre Precedente Judicial y Jurisprudencia. En: I Encuentro de Semilleros de Grupo de Investigación (05 – 10 – 2010; Barranquilla, Atlántico). Memorias. Barranquilla D.I.E.P. Corporación Universitaria de la Costa. 2010. p.10.

⁸² ARIAS FONSECA. Jaime. Diferencias entre Precedente Judicial y Jurisprudencia. En: I Encuentro de Semilleros de Grupo de Investigación (05 – 10 – 2010; Barranquilla, Atlántico). Memorias. Barranquilla D.I.E.P. Corporación Universitaria de la Costa. 2010. p. 10.

⁸³ PILONIETA PINILLA, Eduardo. Obligatoriedad del precedente jurisprudencial en el sistema jurídico colombiano. En: Sesión extraordinaria de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, mediante la cual se posesionó como miembro de la misma al jurista Eduardo Pilonieta Pinilla. (27-06-2007, Bucaramanga) Academia Colombiana de Jurisprudencia. 2007. Disponible en: http://www.acj.org.co/actividad_academica/posesion_pilonieta_pinilla.htm

⁸⁴ DÍEZ PICAZO, Luis. Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho. 3ª Edición. Ariel. Barcelona. 1993. p. 138 Citado por Citado por: ARIAS FONSECA. Jaime. Diferencias entre Precedente Judicial y Jurisprudencia. En: I Encuentro de Semilleros de Grupo de Investigación (05 – 10 – 2010; Barranquilla, Atlántico). Memorias. Barranquilla D.I.E.P. Corporación Universitaria de la Costa. 2010, p.10.

⁸⁵ MORAL SORIANO, Leonor. El precedente judicial. Marcial Pons. Madrid, España. 2002. p. 127. Citado por ARIAS FONSECA. Jaime. Diferencias entre Precedente Judicial y Jurisprudencia. En: I Encuentro de Semilleros de Grupo de Investigación (05 – 10 – 2010; Barranquilla, Atlántico). Memorias. Barranquilla D.I.E.P. Corporación Universitaria de la Costa. 2010, p.10

de derecho que posee una vocación de aplicarse en un caso igual o similar subsiguiente⁸⁶”.

Tratando de diferenciar los conceptos mencionados, como comenta Arias⁸⁷ se cree que la nota característica de la jurisprudencia es su elemento cuantitativo, por cuanto en la mayoría de los casos se alude a ella para catalogar el conjunto de decisiones judiciales existente sobre cuestiones de derecho, en las cuales se han adoptado determinadas interpretaciones, posiciones o consideraciones jurídicas. Entretanto, en el precedente judicial sobresale el elemento cualitativo, pues lo que más se valora de éste es la fundamentación en cierto sentido jurídico. Incluso, cuando se hace referencia a dicha figura, se podría estar haciendo relación a una sola decisión judicial que puede servir de base para la futura.

Con lo anterior no se descarta, que al hacer mención al precedente judicial se aluda también a “un número específico de decisiones en un mismo sentido que conforma una posición jurídica frente a un tema y que tiene efecto vinculante para los jueces de la República, siendo por lo tanto un concepto eminentemente cualitativo⁸⁸”.

De igual forma, es menester tener en cuenta, que por lo regular en la jurisprudencia se halla o se hace remembranza a uno o varios precedentes judiciales, de hecho es frecuente escuchar acertadamente la frase precedente jurisprudencial. Esto último para significar que, existe cierto número de providencias judiciales en determinado sentido que engrosan una postura jurídica frente a un “tema develado o tratado anteriormente, que por tanto, a la luz del

⁸⁶ ARIAS FONSECA. Jaime. Diferencias entre Precedente Judicial y Jurisprudencia. En: I Encuentro de Semilleros de Grupo de Investigación (05 – 10 – 2010; Barranquilla, Atlántico). Memorias. Barranquilla D.I.E.P. Corporación Universitaria de la Costa. 2010, p.11.

⁸⁷ *Ibíd.*, p.12.

⁸⁸ TARUFFO. Michelle. Precedente y jurisprudencia. En: Revista ICESI. Precedente. [En línea]. 06 Abril. 2007. p.p. 85-99. [Consultado el 15 de Agosto de 2010] Disponible en: http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/item/2184/1/04.pdf ISSN: 1657-6535. p. 87.

principio de la igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima, tiene efecto vinculante para el juez, dado el caso de que en un futuro se le pueden presentar similares circunstancias fácticas ya tratadas y resueltas judicialmente⁸⁹.

Ahora bien, intentando compenetrar la conceptualización realizada con lo predicado en la presente monografía, tal y como se puede observar en líneas posteriores, sobre la remuneración de la licencia de maternidad, se produjeron en ciertos estadios un valioso número de precedentes judiciales en el seno de la Corte Constitucional, cuales han demarcado el camino para llegar a la solución de casos posteriores que poseen un problema jurídico constitucional similar al ya resuelto en determinado sentido.

Estos precedentes normalmente son recogidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Por regla general, mediante ésta se reiteran cada vez que se afronta un problema jurídico similar al primariamente estudiado, analizado, fundamentado y resuelto, esto entre otras razones, porque le asiste el deber constitucional a dicho tribunal de unificar su jurisprudencia. En efecto, una forma de cumplir la citada función, es precisamente a través de la reiteración de la jurisprudencia; técnica con la cual se aplican subreglas jurisprudenciales “establecidas al estudiar situaciones fácticas semejantes a la que se presenta en el caso sometido a estudio del juez, siempre y cuando se mantengan las condiciones normativas y sociales dentro de las cuales se adoptó la decisión inicial⁹⁰”.

Por consiguiente, “cuando el juez encuentra que una decisión previa tiene esas características, es decir, que presenta un problema jurídico constitucional semejante al que debe decidir, puede concluir que se trata de un *precedente judicial* que controla o determina la decisión del nuevo caso, en virtud del principio

⁸⁹ ARIAS. Diferencias entre Precedente Judicial y Jurisprudencia. Op.cit., p.13.

⁹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-388 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

de igualdad; es decir, del mandato de justicia que exige dar igual tratamiento jurídico a situaciones fácticas iguales⁹¹”.

Para efectos prácticos, como se devela en el *Capítulo Cuatro* de este trabajo, lo más apreciable de la jurisprudencia y el precedente judicial, es la concreción normativa que resulta de esta última figura denominada subregla, la misma que la Corte puede consolidar una y otra vez mediante la reiteración de su jurisprudencia. Es así como, existe una variedad de reglas decisionales sobre la remuneración de la licencia de maternidad, cuales son repetidas por el tribunal constitucional en sus líneas jurisprudenciales, que en su gran mayoría se ocupan de flexibilizar los rigores de las normas que reglamentan los requisitos para el acceso y goce de este derecho; normatividad que por cierto es catalogada por muchos estudiosos de la materia como de dudosa de constitucionalidad.

Precisamente, en el presente *Capítulo* se examina el desarrollo jurisprudencial de la remuneración de la analizada prerrogativa por parte de la Corte Constitucional, para tal efecto, se estudian dos estadios de la historia, el primero comprende 1991 a 1999, y, el segundo desde el 2000 hasta el 2011.

Cabe indicar que la totalidad de las posiciones jurisprudenciales surgidas en el primer periodo trascendieron al segundo, por tanto de ser necesario se obviarán algunas referencias en éste último.

⁹¹ Ibid.,

3.1 LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: PROPOSITOS, FINES Y ALCANCES

La Corte Constitucional, máximo intérprete de la Constitución Política de 1991, viene decantando una extensa línea jurisprudencial sobre la remuneración de la licencia de maternidad desde la época en que el tema tocó las puertas de la Corporación por virtud del “control de constitucionalidad de revisión de tutela⁹²”; esto fue poco más o menos en el año de 1996. Esta línea de pensamiento esencialmente parte de lo consagrado en el artículo 43 de la Constitución Política, cual prescribe en un aparte que la mujer “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada⁹³”.

Parafraseando al máximo tribunal de lo constitucional, esta disposición de la Carta Política establece fundamentalmente a cargo del Estado “una protección de naturaleza especial para la mujer durante el período de gestación y después del parto. Dicha manifestación [estatal] es consecuencia de la comprensión que el Constituyente de 1991 tuvo acerca de los principios, valores y derechos que de la Constitución emanan y que irradian a la sociedad colombiana⁹⁴”. Sigue indicando: “Así, la solidaridad, la igualdad, los derechos fundamentales de los niños y la comprensión de la familia como núcleo esencial de la sociedad, entre otros, sirven

⁹² Por medio este control de constitucionalidad, la CORTE CONSTITUCIONAL en materia de remuneración de licencia de maternidad, viene concretando la protección a la maternidad que se prodiga en la Constitución Política de 1991 y en los tratados, convenios e instrumentos internacionales ratificados por Colombia. Sobre la importancia de esta institución, puede consultarse en: ARIAS FONSECA, Jaime Luis. El Control de Constitucionalidad de las Leyes, La Acción de tutela y la Revisión de Tutela: Como un Triangulo Protector de los Derechos Fundamentales en Colombia. Monografía de grado para optar al título de abogado. Barranquilla -Colombia. Corporación Universitaria de la Costa –CUC-. 2007. pp. 49-51.

⁹³ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de 1991. (20, julio, 1991) Gaceta Constitucional. Bogotá D.C. No. 116. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 02 de Mayo de 2011]. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr001.html#43

⁹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-946 de 2006. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

de sustrato a las figuras jurídicas de protección a la mujer⁹⁵”. En consecuencia, determina: “es la concreción de diferentes tipos de mecanismos de amparo de las mujeres en su contexto familiar como lo son, por vía de ilustración, la protección reforzada a las mujeres cabeza de familia y de las mujeres en estado de embarazo⁹⁶” o de las que han parido recientemente.

Además, categóricamente instituye:

La jurisprudencia de esta Corporación ha manifestado en repetidas oportunidades que el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad para las madres que acaban de dar a luz y que reúnen los requisitos para acceder a ella, involucra la garantía de varios derechos de carácter fundamental, en tanto la licencia tiene la función de garantizar (1) la igualdad efectiva de los sexos, (2) el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad de las mujeres, (3) el derecho al mínimo vital tanto de la madre como del recién nacido, (4) el derecho de los niños a recibir cuidado y protección especial por parte del Estado, la sociedad y la familia - dado que la licencia busca que la madre pueda permanecer un tiempo considerable al lado de su hijo recién nacido para brindarle los cuidados especiales que requiere durante sus primeros días de vida - y (5) la protección especial que se debe brindar a la familia como institución básica de la sociedad⁹⁷.

De lo expresado se puede afirmar que, la Corte en gracia al artículo 43 ampliamente citado, concibe a esta licencia remuneratoria como una garantía o derecho que se origina con fundamento en la protección a la maternidad. Amparo que conlleva a salvaguardar valores, derechos y principios consagrados en la Constitución Política, tales como: la igualdad, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, la protección a los niños como sujetos especiales, el mínimo vital, la familia como institución básica de la sociedad, etc.

Retomando el parafraseo a la Corte, se tiene entonces que, “en materia de la protección reforzada a la mujer en estado de embarazo, el

⁹⁵ Ibid.,

⁹⁶ Ibid.,

⁹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: T-946 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-999 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería, T-044 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras.

Estado garantiza el reconocimiento, previo el lleno de los requisitos legales, de la licencia de maternidad, que consiste en una prestación equivalente a doce (12) semanas de salario (84 días) liquidada con base en el salario que la persona devengaba al momento del parto, la cual se reconoce con posterioridad al mismo en caso de que éste sea viable⁹⁸.

Sobre lo referido se recalca que el máximo tribunal, reconoce constitucional y legalmente el derecho a la licencia remuneratoria por maternidad. Lo primero deviene de lo consagrado en la precitada disposición constitucional, que si bien expresamente no la instituye como tal, de forma tacita se desprende de su anunciado, como una de las medidas positivas estatales de la protección a la maternidad, y, lo segundo, se presenta de conformidad a la reglamentación legal que existe en el ordenamiento jurídico sobre el mencionado derecho, cual regula su implementación y acceso.

Por otro lado, la Corte aparte de reconocer el techo normativo a nivel constitucional y legal de la mencionada licencia, sobre todo en lo que atañe a la importancia de la prestación económica para la madre genitora, también viene delimitando los **propósitos, fines y el alcance** de dicho derecho o garantía constitucional.

En este sentido, tocante a la primero, el tribunal parte de que si bien la remuneración de la licencia es trascendente, tal prestación se extiende más allá de “su inmediata finalidad económica, para cumplir diferentes **propósitos**⁹⁹”, como lo son: 1) “brindarle a la madre el tiempo necesario para descansar y reponerse del parto¹⁰⁰”; 2) “el permitirle a la madre estar junto a su hijo durante sus primeros

⁹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-946 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis

⁹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: T-946 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-999 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería, T-044 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras.

¹⁰⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: T-946 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis y Sentencia T-568 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

meses de vida¹⁰¹”; 3) “la posibilidad de brindarle los cuidados necesarios - afectivos y económicos -, el fortalecimiento de la familia, pilar fundamental de la sociedad¹⁰²” y 4) la percepción de un ingreso económico que garantice la subsistencia de la madre y el niño mientras ésta se reincorpora al trabajo¹⁰³”.

Con relación a lo segundo, sostiene:

La figura de la licencia de maternidad tiene una finalidad principal, cual es la de proteger a las mujeres trabajadoras en estado de gravidez, durante la época del embarazo y luego del parto (...); así como la de asegurar la protección de la niñez. El amparo que de allí se deriva es, por consiguiente, doble e integral. Es doble, por cuanto se despliega respecto de la madre (...), a la vez que en relación con los hijos o hijas. Es integral, toda vez que abarca un conjunto de prestaciones encaminadas a asegurar que las mujeres trabajadoras (...) y su descendencia dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de calidad y de dignidad¹⁰⁴.

Al profundizarse sobre la precedida conceptualización, obsérvese que la línea analizada se sintoniza con lo varias veces comentado en el *Capítulo Uno* de esta monografía relativo a la noción de este derecho. En palabras más palabra menos, con el otorgamiento de la licencia de maternidad se busca esencialmente proteger, por un lado, el trabajo de la genitora antes y después del parto, esto es; su condición de madre trabajadora, y, por otro, salvaguardar al nuevo ser en esos primeros momentos de vida, cuales debe compartir con ella.

En lo concerniente a lo tercero, se recuerda que este derecho nació con el propósito de conceder a la mujer un descanso remunerado en virtud de la maternidad, queriéndose decir con lo anterior, que los sujetos objeto de protección

¹⁰¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: T-946 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-736 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁰² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: T-946 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-736 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-497 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁰³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: T-946 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis; Sentencia T-568 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Sentencia T-271 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁰⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-543/10. Mp. Dr. Mauricio González Cuervo.

como tal, son la genitora y el hijo que dio a luz, sin embargo, con el transcurrir del tiempo el alcance de este derecho se extendió a otras circunstancias fácticas ajenas al acto biológico, llegando así a cubrir verbigracia la situación de la madre adoptante.

Acerca a lo antedicho la Corte, señala:

La licencia fue reconocida, primero, únicamente para favorecer a las madres biológicas. Con el paso del tiempo, no obstante, esta protección se amplió para cubrir con ella también a las madres adoptantes. De esta forma, la legislación equiparó la situación de las mujeres gestantes con la de las madres adoptantes de niños o niñas menores de siete años y ordenó conferirles la misma protección que la ley les ofrece a las madres biológicas. Más adelante, la legislación introdujo nuevas modificaciones e incluyó como beneficiarios de la protección derivada de la licencia de maternidad, también a los padres trabajadores adoptantes sin cónyuge o compañera permanente. Por medio de la sentencia T-1078 de 2003, la Corte Constitucional encontró que esa misma protección debía darse también a los padres biológicos puestos en las mismas circunstancias que los padres adoptantes sin cónyuge o compañero permanente. Finalmente, debe recordarse que por virtud de lo dispuesto en la Ley 755 de 2002 –que reformó el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo–, hoy en día se reconoce también la licencia de paternidad como institución con entidad propia, la cual, por el contrario de lo que sucedía en el régimen anterior, no supone una reducción del tiempo de duración de la licencia de la madre¹⁰⁵.

Entonces, se colige que hoy el tribunal constitucional acepta y reconoce que, esta licencia es una medida que concreta la protección de la maternidad, la cual no sólo cobija a las madres biológicas, pues también incluye como beneficiarias de la misma a las madres adoptantes e incluso a los padres adoptantes sin cónyuge o compañera permanente.

Teniendo claridad sobre la consagración constitucional de la licencia remuneratoria por maternidad y de su importancia, propósitos, fines y alcances,

¹⁰⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-543 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.

éntrese a examinar seguidamente la tendencia de este derecho en el seno de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

3.1.1 Periodo entre 1991 – 1999. En el estadio demarcado, la Corte Constitucional en su jurisprudencia desarrolla y aborda ciertos temas relativos a la licencia remuneratoria por maternidad, cuales son los siguientes¹⁰⁶: 1) procedencia de la acción de tutela en procura de obtener el pago de la prestación económica; 2) protección de la maternidad a la luz de la Constitución y los tratados internacionales; 3) afectación del derecho al mínimo vital por el no pago de la prestación; 4) caducidad de la acción de tutela; 5) ultractividad de la norma sobre la obtención del derecho y 6) allanamiento en mora.

3.1.1.1 Procedencia de la acción de tutela en procura de obtener el pago de la prestación económica. El tema enunciado es el primero que decanta la Corte Constitucional con respecto a la licencia remuneratoria de maternidad. El tribunal desde que analizó esta cuestión, y la fecha de hoy, enseña que “la tutela resulta procedente de manera excepcional para conceder el pago de la licencia de maternidad, pues con ello se busca ofrecer a la nueva madre y a su hijo los recursos necesarios para iniciar esa nueva etapa de la vida, sin afugias económicas y con la garantía de protección a sus derechos fundamentales¹⁰⁷”.

Cabe destacar que la Corte, posiblemente ya adentrándose en el derecho al mínimo vital de la genitora y del recién nacido, incipientemente se refiere en la sentencia T-606 de 1995 a la importancia de conceder mediante tutela el precitado derecho cuando indica que: “tratándose de la empleada gestante de escasos recursos que reclama el pago oportuno de un derecho social indiscutiblemente

¹⁰⁶ Se considera que estos son los más relevantes, sin embargo, no se descartan otros temas.

¹⁰⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-568 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

radicado en su cabeza, (...) la vía ordinaria resultaría inapropiada, pues en sus circunstancias especiales, la oportunidad de contar con recursos para atender el parto y el período inmediatamente posterior es lo que definitivamente tiene importancia¹⁰⁸”.

Posteriormente, y de manera más técnica, en Sentencia T-568 de 1996 señala: “Excepcionalmente, la Corte ha considerado que pese a la existencia del proceso [judicial], algunas prestaciones o derechos podrían ser exigidos a través de la acción de tutela, en especial cuando resultan manifiestos la arbitrariedad de la administración y los efectos gravosos que ésta proyecta sobre los derechos fundamentales de las personas¹⁰⁹”.

En concordancia con lo antepuesto, la Sentencia T-139 de 1999, prescribe: “4.4. No existe, en principio, un medio de defensa judicial al que puedan acudir las actoras para el reconocimiento de sus derechos, y que pueda considerarse idóneo para el efecto. La acción ordinaria ante el juez laboral, e incluso la demanda de nulidad ante el contencioso administrativo, no pueden considerarse como medios eficaces para la protección que se solicita a través de la acción de tutela de la referencia¹¹⁰”.

Como podrá deducirse, la procedencia de la acción de la tutela para conseguir la cancelación económica de la licencia por maternidad es de carácter excepcional, siendo ella viable ante la inminente violación de derechos como el mínimo vital.

Para la progenitora sería extremadamente traumático y gravoso que para la época del descanso conferido en razón de su maternidad, le tocara recurrir a un proceso ordinario laboral o administrativo a fin de obtener la prestación pecuniaria que

¹⁰⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-606 de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz

¹⁰⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-568 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹¹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-139 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

prodiga dicha licencia, pues recuérdese que en estos se deben agotar previamente ciertas etapas procesales durante un tiempo determinado por la ley, cual sin hacer tantos cálculos mentales, representarían un considerable y prolongado tiempo, en el que se expondría la madre y su hijo a subsistir en condiciones indignas, entretanto se decide a su favor el otorgamiento de esta prerrogativa.

Así pues, se tiene que la acción de tutela es un mecanismo excepcional, pero además, es también un medio de defensa razonable, mediante el cual se evita que la situación de la madre trabajadora se torne más gravosa de lo que puede estar al momento de solicitar el amparo, ya que, por el sólo hecho de negársele un derecho sin que medie razón constitucional, se le amenazan sus derechos fundamentales y los de su hijo, por consiguiente, “no existe duda alguna sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo para la protección del derecho, que para el caso de la mujer embarazada es un derecho fundamental de vigencia inmediata, y la petición de su protección debe ser atendida prioritariamente por el Juez de Tutela¹¹¹”.

Entonces, como actualmente lo reafirma el máximo tribunal de lo constitucional en Sentencia T-115 de 2010, “la regla general indica que la acción de tutela no procede para solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad; no obstante, se ha definido que excepcionalmente el amparo procede para proteger derechos fundamentales como el mínimo vital¹¹²”.

Actualmente, esta línea de pensamiento sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela sigue vigente y es de fácil consulta en la relatoría de la Corte

¹¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T-179 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-115 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo

Constitucional, cual puede ser hallada, al igual que las próximas a estudiarse, en el siguiente vínculo de internet: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/> .

3.1.1.2 Protección de la maternidad a la luz de la Constitución y los convenios, tratado e instrumentos internacionales. Desde muy temprano la precitada Corte reconoce en sus pronunciamientos que, la licencia remuneratoria por maternidad es una concreción de la protección de la maternidad consagrada en la Constitución Política de 1991. En efecto, enfatiza en que en esta norma se despliega “una especial protección para aquellas personas que son manifiestamente débiles en la sociedad como lo son los niños, las personas de la tercera edad, y las mujeres en estado de embarazo. Para estas últimas, la protección no sólo se extiende durante su periodo de gestación, sino además se prolonga después del parto¹¹³”.

De la misma manera, destaca sobre su concepción en instrumentos, tratados o convenios internacionales ratificados por Colombia, que de conformidad al artículo 93 de esta norma integran el ordenamiento jurídico colombiano. De hecho, en “reiteradas sentencias proferidas por esta Corporación, se ha puesto de presente esa especial protección que merecen las mujeres embarazadas, tanto a nivel constitucional como a través de tratados y convenios internacionales¹¹⁴”.

Ahora, teniendo en cuenta que ampliamente se viene referenciado la consagración de la protección a la maternidad según el artículo 43 de la Constitución Política, es conveniente resaltar en este aparte del trabajo, lo expresado por la Corte sobre dicha protección conforme aquella normatividad de índole internacional. Así pues, obsérvese que en Sentencia T- 694 de 1996, el tribunal ilustra:

¹¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-792 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹¹⁴ *Ibíd.*,

Es inherente a la naturaleza humana proteger a la mujer embarazada y al hijo producto del embarazo, esto aparece expresamente consagrado en tratados y convenios internacionales que, al ser reconocidos por el congreso, prevalecen en el orden interno. Tratándose de la mujer trabajadora, el tema adquiere particular importancia porque antes de la Constitución de 1991, tales convenios apenas eran normas de aplicación supletoria y en cuanto no se opusieran a las leyes. Hoy la situación es radicalmente distinta. No solamente el artículo 93 de la C. P. le da fuerza vinculante a los tratados y convenciones internacionales, sino que además establece que para la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Carta la interpretación debe hacerse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Y si se trata de convenios internacionales del trabajo, hacen parte de la legislación interna. Lo anterior significa que han sido superadas las normas de simple rango legal por los ordenamientos internacionales sobre derechos humanos y específicamente sobre derecho al trabajo¹¹⁵.

Complementariamente, véase que en la Sentencia T-270 de 1997, establece:

La Corte Constitucional ha manifestado que la mujer embarazada y su hijo gozan de especial protección del Estado, pues no sólo el artículo 43 de la Constitución lo exige expresamente, sino los innumerables tratados y convenios internacionales que han sido ratificados por Colombia, los cuales de acuerdo con la Carta integran el bloque de constitucionalidad y por ello tienen fuerza vinculante tanto para las autoridades de la República como para los particulares. Por consiguiente, los derechos reconocidos constitucional y legalmente en favor de la mujer embarazada deben ser efectivos a través de la interpretación y de la aplicación de los mismos, pues el respeto por el aparato institucional no puede llegar a negarlos y menos aún a anularlos. La normatividad vigente exige a los jueces, como autoridades públicas vinculadas a la ley, la defensa de los derechos de la mujer embarazada, buscando el máximo grado de efectividad de los mismos. Es por ello que el juez debe ponderar y aplicar los medios judiciales que de acuerdo con cada caso en particular, garanticen el cumplimiento eficaz de la legalidad¹¹⁶.

En esta misma línea, enseña en Sentencia T- 175 de 1999:

La mujer como "gestadora de vida" cumple una función vital, indelegable para el género humano, es por ello, que se plantea la necesidad de que el Estado y la

¹¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T- 694 de 1996. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

¹¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-270 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

sociedad brinden especial protección médica y alimentaria a la mujer embarazada, que no dispone de otros medios para el adecuado desarrollo de su proceso de gestación. Así pues, la Constitución Política en su artículo 43, consagra una especial protección del Estado para la mujer embarazada, e indirectamente protege al "nasciturus", al disponer que la mujer durante el embarazo y después del parto tiene derecho a especial asistencia y protección del Estado. A su vez, diversos tratados y convenios internacionales, ratificados por Colombia, confieren garantía a la mujer embarazada, con el fin de que pueda atender convenientemente al ser que esta por nacer¹¹⁷.

Precisando que convenios, tratados o instrumentos internacionales son aplicables a Colombia, en Sentencia C- 470 de 1997, resalta:

La Corte destaca que la Declaración Universal de derechos Humanos, en el artículo 25, señala que "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales". Por su parte, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, establece que "se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto." Igualmente, el artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, expedida en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU, y aprobada por la ley 51 de 1981, establece que es obligación de los Estados adoptar "todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo" a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, "el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano". Por su parte, el Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros motivos por el de sexo. Pero es más; desde principios de siglo, la OIT promulgó regulaciones específicas para amparar a la mujer embarazada. Así, el Convenio No 3, que entró en vigor el 13 de junio de 1921 y fue aprobado por Colombia por la Ley 129 de 1931¹¹⁸.

Infiérase de lo transcrito que, el tribunal constitucional escudriña desde el periodo analizado un criterio jurisprudencial muy sólido con respecto a la protección a la maternidad de conformidad a lo consagrado en la Constitución Política y los convenios y tratados internacionales relativos a la materia, debidamente ratificados por el Estado colombiano.

¹¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 175 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 470 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero

Sin lugar a dudas, la citada corporación, enarbola a la mujer como ese ser que merece toda la protección Estatal, cuando se encuentra en el estado más sublime de su naturaleza como lo es: el embarazo o su condición de ser madre. Es así, que aunado lo expresado dispone que, “hay un derecho a acciones positivas del Estado en favor de la madre y del recién nacido¹¹⁹” establecidas en las normas de resorte constitucional y en las de carácter internacional; “estos derechos son constitucionales y subjetivos, luego son fundamentales. Esos derechos correlativamente implican un deber para el Estado, que corresponde al principio de solidaridad, piedra angular del Estado social de derecho¹²⁰”.

De conformidad a lo precedente, queda claro que para el tribunal constitucional es primordial proteger a la madre conforme a la Constitución y los convenios, tratados e instrumentos internacionales, primero porque es el humano que naturalmente puede concebir y traer al mundo un nuevo ser, y segundo, puesto que es la llamada originariamente a compartir los primeros instantes de vida con el recién nacido, pues su amor y fuente maternal de alimentación para con éste, garantizan en gran medida su normal desarrollo en esta época.

En la actualidad, la Corte Constitucional mantiene lo antes referido, muestra de ello es, como entre otras sentencias, en la T-1036 de 2010 reafirma su posición al respecto, cuando comenta en primera instancia que, “la mujer trabajadora en estado de embarazo y en la época posterior al parto, goza de una especial protección constitucional de acuerdo a lo consignado en el artículo 43 de la Carta Política¹²¹”. Y en segunda instancia, indica que “la aprobación y posterior ratificación por el Estado Colombiano de múltiples tratados, convenios e instrumentos internacionales que propugnan por la protección de los derechos de las mujeres y de la niñez (...), se amplía aún más el amparo, mediante la

¹¹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 694 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹²⁰ *Ibíd.*,

¹²¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1036 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

concesión de una licencia con remuneración y prestaciones adecuadas de seguridad social¹²²”.

3.1.1.3 Afectación del derecho al mínimo vital por el no pago de la prestación. El tribunal constitucional desde antaño considera que, el no reconocimiento de la prestación económica que emerge de la licencia por maternidad, cuando las condiciones a nivel constitucional están dadas para tal efecto, conlleva a afectar el derecho al mínimo vital de la madre trabajadora y del niño, por ende, le asiste el deber al juez constitucional de verificar la trasgresión del mismo, y en consecuencia protegerlo a través de un fallo de tutela, máxime si “el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre¹²³”.

Verbigracia, obsérvese que sobre el citado derecho y su protección mediante la acción constitucional de tutela, atribuye la Corte en Sentencia T- 270 de 1997 que “en su labor hermenéutica ha desarrollado la tesis del mínimo vital, pues se parte de la base que ante la urgencia de la protección y la presencia indispensable de un mínimo de recursos para la subsistencia en condiciones dignas del trabajador, la acción de tutela es procedente¹²⁴”. De modo que, la guarda a la mujer trabajadora embarazada o que haya alumbrado, cuando ésta se encuentre reducida a circunstancias de “debilidad económica manifiesta, hace procedente la acción de tutela para el pago de los dineros adeudados correspondientes a la licencia de maternidad, pues existen circunstancias donde la licencia, que se constituye en el salario de la mujer que dio a luz durante el tiempo en que la trabajadora permanece retirada de sus labores, es el único medio de subsistencia

¹²² *Ibíd.*,

¹²³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-568 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-270 de 1997.M.P. Alejandro Martínez Caballero.

en condiciones dignas tanto para la mujer como para su familia, en especial para el recién nacido¹²⁵”.

En similar sentido, el tribunal constitucional confirmando lo concebido, obsérvese que en la en Sentencia T- 210 de 1999, reitera de forma categórica que: “En aras de proteger los derechos de la mujer en estado de lactancia y del recién nacido, es viable la acción de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad, cuando su único medio de subsistencia es el dinero que de ésta se deriva y que constituye, mientras la madre se reintegra a sus labores, su mínimo vital y móvil¹²⁶”.

A la presente época, la precitada Alta Corte, cuando de conceder la licencia por maternidad se trata, tiene como máxima que: “El derecho al pago del salario es esencial para la subsistencia de las madres trabajadoras después del parto, más aún cuando deben éstas responder por las necesidades económicas del recién nacido, razón por la que la sola negación del pago de la licencia de maternidad permite presumir la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital¹²⁷”.

En efecto, la negación de la prestación que envuelve la licencia por maternidad previa la existencia de razones constitucionales para otorgarla, seguramente pondría en peligro el mínimo vital de la mujer trabajadora y su hijo, cuando aquella sólo puede asegurar la subsistencia con sus ingresos económicos por concepto de salarios.

Queriéndose con lo anteriormente expuesto indicar que, la línea nacida en el periodo en comento, al día de hoy según la Sentencia T-115 de 2010, establece que la acción de tutela no solamente procede en forma exclusiva en los “casos de

¹²⁵ *Ibíd.*,

¹²⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-210 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz

¹²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-115 de 2010.M.P Mauricio González Cuervo.

mujeres que devenguen sólo un salario mínimo o menos, pues si la trabajadora manifiesta que pese a recibir un ingreso más alto, la falta del pago de la licencia puede poner en peligro su subsistencia y la de su hijo, el juez constitucional debe valorar el caso y así mismo, revisar si el amparo es indispensable o no¹²⁸».

3.1.1.4 Caducidad de la acción de tutela. La reclamación de la prestación económica de la licencia por maternidad a través de la acción de tutela dentro de un término perentorio, es otra de las cuestiones regladas en la jurisprudencia constitucional. La Corte inicialmente determinó que el amparo sólo era procedente si la citada acción se interponía durante el tiempo que duraba la licencia, pues pasado éste, se entendería que el daño al mínimo vital de la madre trabajadora y su menor hijo se había consumado. Sin embargo, la línea anunciada duró hasta el 2003, año en el cual la Corte estableció que el término perentorio para interponer dicha acción es el de un año después de nacido el niño.

Sobre el sub-litem establece en la Sentencia T-568 de 1996, que:

La acción de tutela como medio judicial subsidiario podría convertirse en el cauce procesal idóneo para exigir su cancelación de modo que la prestación cumpla la finalidad para la cual fue instituida. Sin embargo, esta eventualidad no puede contemplarse cuando, como ocurre en el presente caso, la tutela se interpone un año después de que expira la licencia de maternidad. En realidad, el daño se ha consumado y los perjuicios derivados del mismo, junto al valor económico de la prestación, deben ser reclamados a través de los jueces competentes. Cabe agregar que la decisión de la Corte hubiera sido distinta si la madre se encontrare en situación de extrema necesidad y el amparo, oportunamente interpuesto, tuviere la virtualidad de contribuir a resolverla¹²⁹.

En años posteriores, pero antes del 2003 la Corte ratifica su línea. Así por ejemplo lo expuso en la Sentencia T-075 de 2001 al determinar:

¹²⁸ *Ibíd.*,

¹²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-568 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Para la fecha en que se admitió la demanda de tutela, ya se había cumplido el término de la licencia, pues según solicitud allegada al expediente, esta se reconocería por un período de 84 días. Bajo esta circunstancia, advierte la Sala que el daño que pudiera aducir la peticionaria ante la negativa de la entidad promotora de salud en cancelar la prestación económica de autos, ya se consumó, no resultaba pertinente la protección inmediata con el fin de evitar un perjuicio ya causado, pues cabe recordar que el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece que una de las causales de improcedencia de la acción de tutela opera "cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado". Así las cosas, en este evento, la accionante deberá acudir ante la justicia ordinaria para que satisfaga sus pretensiones económicas¹³⁰.

De una manera más dispendiosa y argumentada, en sentencia T-1013 de 2002 ratifica:

La finalidad de la licencia remunerada de maternidad es, como ya se indicó, la de proveer el sustento y posibilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de la madre y el menor en el periodo posterior al parto, característica que permite ubicar a esta prestación en el rango de las que conforman el mínimo vital. Vencido este periodo, la licencia pierde tal carácter.

Por ello, la jurisprudencia de la Corte afirma que para el caso específico del pago de la licencia de maternidad, la protección en sede de tutela se torna improcedente si la acción se presenta después de que ha fenecido su término (doce semanas, de acuerdo al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo), conforme a los siguientes criterios:

a. Si se ha solicitado el amparo después del término de la incapacidad, se presume que la madre no requirió la prestación económica para solventar sus necesidades básicas y del menor durante ese lapso y por ello el juicio de existencia sobre la afectación del mínimo vital se decide de manera negativa.

b. Si transcurre el término de la licencia sin que se cancele el descanso remunerado respectivo, se presenta un perjuicio causado y por ello no es posible proteger los derechos a través de la acción de tutela, según lo consagrado en el numeral 4° del artículo 6° del Decreto Ley 2591 de 1991¹³¹.

¹³⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1224 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

¹³¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1013 de 2002. M.P. Jaime Cordoba Triviño.

Fácilmente puede suponerse de lo transcrito que, la Corte Constitucional tal y como lo confirmó en Sentencia T-118 de 2003¹³², sostuvo que pasado el tiempo legalmente establecido para cubrir la licencia, no era dable amparar por tutela el mínimo vital de la progenitora y su menor, derecho vulnerado con la no cancelación de la prestación económica que se generaba a favor de aquella en gracia a su maternidad, puesto que, el daño ya estaba consumado. “Dentro del término de los 84 días de la licencia, dijo la Corte, el derecho a la licencia de maternidad, adquiere el carácter de derecho fundamental susceptible de protección constitucional, por cuanto se presume que la madre necesita el pago de lo que constituiría su salario, para poder atender las contingencias del parto y los cuidados del menor recién nacido¹³³”.

No obstante, como se anuncia al principio de este apartado, en el 2003 la Corte cambio su jurisprudencia en dicho sentido, sentando así un nuevo precedente judicial, no sin antes reconocer que se “justificó mantener el anterior criterio por cuanto se consideraba que el reclamo del pago de la licencia de maternidad por vía de tutela, exigía un término razonable en aquellos casos en los cuales ésta se negaba por parte de la E.P.S. respectiva¹³⁴”.

Sobre la nueva posición asumida por el tribunal constitucional, véase...**el ítem 3.2.2.1...** de este trabajo.

3.1.1.5 Ultractividad de la norma sobre la obtención del derecho. Durante el transcurrir de la jurisprudencia constitucional del tema objeto de estudio, específicamente para el año de 1998, se introdujo al tráfico jurídico el decreto 806 de 1998, el cual con respecto a los requisitos para acceder a la licencia por

¹³² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-118 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹³³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-999 de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería

¹³⁴ *Ibíd.*,

maternidad, estableció en su artículo 63 que: el “reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación”¹³⁵.

Este cambio normativo, desencadenó la interposición exponencial de acciones de tutela por parte de madres trabajadoras que, solicitaron en aras de proteger la maternidad, la aplicación del decreto 1938 de 1994, pues esta norma que estaba vigente cuando quedaron en estado de gravidez, conforme en su artículo 12, sólo exigía para la obtención de dicha prestación que, la madre “haya cotizado por un período mínimo de doce (12) semanas antes del parto”¹³⁶.

La Corte al conocer por revisión algunas de las tutelas impetradas con motivo a la citada cuestión, decidió en Sentencia T-792 de 1998 que, la norma aplicable era aquella que se encontraba vigente al momento de iniciarse el embarazo o la norma que la beneficie y garantice la protección especial proclamada en la Constitución Política de 1991.

En su momento al revisar una de las tantas tutelas, expresó:

Ahora bien, en el caso objeto de estudio, la demandante, se afilió como independiente a CAJANAL E.P.S por el plan P.O.S., de conformidad con las normas vigentes en su momento, es decir, de acuerdo con el Decreto Reglamentario 1938 de 1994. Y fue con base en dicha norma que realizó los trámites pertinentes a fin de obtener el reconocimiento y pago de su licencia de maternidad. Al respecto debemos señalar, que durante el tiempo en que la demandante estuvo en estado de embarazo, hubo un cambio legal, que modificó los requisitos para acceder a la prestación por ella solicitada, afectándola, para lo cual debemos señalar que las normas aplicables a su

¹³⁵ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 806 de 1998. (30, abril, 1998). Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional. Diario Oficial. Bogotá D.C, No. 43.291. Base de datos de documentos. [en línea]. [Consultado el 30 de Junio de 2011]. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/decreto/decreto_0806_1998.html

¹³⁶ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1938 de 1994. Diario Oficial No. 41.478 del 5 de agosto de 1994. Base de datos de documentos. [en línea]. [Consultado el 30 de Junio de 2011]. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/decreto/decreto_1938_1994.html

caso, deberán ser aquellas que existían al momento de iniciar su periodo de embarazo.

Como la situación particular de la {accionante} se sometió a un cambio legislativo, la norma aplicable será aquella que la beneficie y garantice la protección especial que al respecto señala la misma Carta Política. Es así como se estará dando un aplicación ultra activa del decreto 1938 de 1994, sólo en el presente caso y no se aplicará por lo tanto el decreto 806 de 1998¹³⁷.

Aunado a lo anterior, comentó en Sentencia T-139 de 1999 que:

Pese al cambio normativo que se produjo en cuanto a los requisitos exigidos para el reconocimiento de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad, haciéndolos más estrictos y restrictivos (decreto 806 de 1998), era necesario aplicar el principio de favorabilidad para que quienes estuviesen en período de gestación durante el cambio normativo, no viesen desmejorados sus derechos. Derechos que pese a tener un carácter económico, son esenciales para la protección de la mujer y el recién nacido, razón por la que, excepcionalmente, pueden ser reconocidos a través de la acción de tutela¹³⁸.

Bajo los susodichos argumentos, la Corte ordenó en múltiples pronunciamientos como consecuencia, la inaplicación del artículo 63 del decreto 806 de 1998, pues como lo sostiene en la Sentencia T- 496 de 1999¹³⁹, la madre trabajadora que inició su periodo de gestación en vigencia del Decreto 938 de 1994, y que continua con el mismo o alumbró en la entrada en vigencia del Decreto 806 de 1998, cual “resulta desfavorable y desconoce en forma flagrante sus derechos¹⁴⁰”, debe ser cobijada por aquel en gracia a la aplicación ultra activa de dicha norma, por ser ésta la existente para la época en la que inició el periodo de embarazo.

Aunque la anterior posición jurisprudencial se encuentra en el baúl del olvido, puede desempolvarse al momento de que llegase a ocurrir un cambio legislativo

¹³⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-792 de 1998.M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹³⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-792 de 1998.M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹³⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 496 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz

¹⁴⁰ *Ibíd.*,

sobre la materia, en las circunstancias antes anotadas, de modo que dicha línea puede ser de utilidad en el futuro.

3.1.1.6 Allanamiento en mora. La nombrada figura jurídica propia del derecho civil y mercantil, es escudriñada por la Corte Constitucional para desatar a favor de la madre trabajadora, aquel caso donde se discuta la concesión de la licencia por maternidad, precedido por la circunstancia fáctica de la cancelación tardía de la cotización a la E.P.S, quien en vez de rechazar el mismo o de requerir al cotizante para que haga el pago respectivo, lo recibe sin objeción alguna. Recuérdesse que la Entidad Promotora de Salud, en virtud de los deberes y obligaciones generados del contrato de seguridad social, debe rechazar el pago, requerir al deudor o iniciar las acciones jurídicas pertinentes a fin de que éste cumpla con sus obligaciones, de modo que, si aquella omite cualquiera de las posiciones anteriores y en su lugar llegare recibir pagos extemporáneos, consiente la mora en la cual incurre el cotizante por no cancelar oportunamente los aportes al sistema.

En lo atinente, la Corte en la Sentencia T-059 de 1997 dictamina:

El contrato de seguridad social al comportar una forma mixta de relación contractual y reglamentaria conlleva por un lado como presupuesto el principio de continuidad. Esto surge del deber del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, para el caso concreto específicamente el de la salud. Y además bajo la óptica contractual contiene el principio de la excepción del contrato no cumplido por el carácter sinalagmático de la relación jurídica.

Por lo tanto, si el beneficiario del servicio de salud no cotiza oportunamente lo debido, su incumplimiento autoriza al prestatario del servicio a aplicar la excepción de contrato no cumplido, a partir de la fecha en que no está obligado por reglamento a satisfacer la prestación debida. A menos que el beneficiario estuviera cobijado por la buena fe y que la E.P.S hubiera allanado la mora mediante el recibo de la suma debida. Si se da el presupuesto del allanamiento a la mora, la E.P.S no puede suspender el servicio de atención al usuario ni alegar la pérdida de antigüedad

*acumulada por cuanto habría violación del principio de buena fe y no sería viable alegar la excepción de contrato no cumplido*¹⁴¹.

La posición en procedencia, se soporta en parte de conformidad a lo preceptuando en el artículo 1609 del Código Civil, que reza: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debido”¹⁴².

Inquiriendo la regla contractual mencionada al contrato de seguridad social, se tiene entonces que, si la Empresa Promotora de Salud “se allana a cumplir, pese a que no ha recibido el aporte del beneficiario, es obvio que no puede suspender el servicio que venía prestando, en primer lugar, porque hay un término de seis meses que la ley señala para no perder la antigüedad acumulada y en segundo lugar, porque el recibo extemporáneo de las cuotas allanó aún más el incumplimiento”¹⁴³. Sin embargo, “si no hay allanamiento y hay mala fe del beneficiario incumplido, la EPS puede invocar la excepción de contrato no cumplido”¹⁴⁴.

Por otra parte, el mencionado tema también se encuentra en la jurisprudencia constitucional con el rótulo de allanamiento a la mora patronal; esto para significar que es el empleador, quien omite transferir al Sistema de Seguridad Social en Salud los descuentos legales efectuados al salario de la madre dependiente.

Con relación a lo antecedente, en la Sentencia T-458 de 1999, se considera:

¹⁴¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-059 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Código Civil. Sancionado el 26 de mayo de 1983. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 30 de junio de 2011]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_civil_pr049.html#1609

¹⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-059 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴⁴ *Ibíd.*,

En aplicación del principio de la buena fe, entendido como la confianza en las relaciones jurídicas de las partes la EPS no puede desconocer pago de la licencia de maternidad cuando hubiere allanado la mora del empleador. En efecto, si una empresa promotora de salud no alega la mora en la cancelación de los aportes que realiza el empleador a la seguridad social, posteriormente no puede negar la prestación económica del trabajador por ese hecho, pues aceptar lo contrario implicaría favorecer la propia negligencia en el cobro de la cotización e impondría una carga desproporcionada a la parte más débil de esta relación triangular, esto es, al trabajador. Además, debe recordarse que el Seguro Social está en todo el derecho de reclamar al empleador el pago oportuno de las cotizaciones y de los intereses moratorios que se originan con el incumplimiento, pues esa entidad tiene los medios jurídicos que expresamente se disponen para ello, y en caso de que éstos sean insuficientes, es deber del Legislador desarrollar tales mecanismos a fin de asegurar la eficacia del sistema de seguridad social¹⁴⁵.

El razonamiento descrito en la actualidad guarda su vigor, claro está, que se encuentra en la jurisprudencia de manera más simplificado y técnico, incluso con otras aristas que lo robustecen. Así puede observarse en la Sentencia T-1223 de 2008, cual sostiene que:

(...) aun cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, o cuando la mujer misma las haya pagado tardíamente en el caso de las trabajadoras independientes, pero la EPS demandada no haya requerido al obligado para que lo hiciera ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora del empleador o de la cotizante independiente, y por tanto se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad de la mujer¹⁴⁶.

Infiérase de lo expresado que, lo concerniente al allanamiento en mora, también es aplicable a los casos en los cuales se está frente a una trabajadora independiente, que canceló sus cotizaciones tardíamente a la E.P.S.

Sumado a lo dispuesto por la Corte Constitucional, en la Sentencia T-136 de 2008 señala: “La negligencia en el uso de los mecanismos de cobro coactivo y la falta

¹⁴⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-458 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁴⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1223 de 2008. MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

de requerimiento al afiliado que cotizó extemporáneamente al sistema, permite que en los contratos bilaterales se equilibren las obligaciones y los derechos, impidiendo que una de las partes se beneficie con su descuido¹⁴⁷.

Con base a todo lo anterior, de forma depurada, la Corte hoy por hoy, prescribe de forma simplificada que “negar el reconocimiento de la licencia de maternidad por pagos extemporáneos, vulnera los derechos a la salud y a la seguridad social, cuando la EPS no alega la mora a tiempo o no rechaza los pagos realizados extemporáneamente¹⁴⁸”.

Para mayor amplitud del tema véase...**el ítem 4.1.3...** de la presente investigación.

3.2.2 Periodo entre 2000 – 2011. La Corte Constitucional durante este estadio, aparte de ratificar y argumentar en su jurisprudencia los temas antes analizados, también aborda, estudia, analiza y desarrolla otras líneas normativas referentes a la remuneración de la licencia de maternidad, que sumados son los siguientes¹⁴⁹: 1) aumento del término perentorio para interponer la tutela; 2) cancelación completa de la licencia cuando no se cotizan las semanas exigidas por la ley; 3) reconocimiento de la prestación económica de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó y 3) allanamiento en mora cuando se dejan de cancelar los aportes. Adviértase, que lo anterior no agota la materia sobre la cual se viene pronunciando el tribunal constitucional, sin embargo, se considera que estas son las cuestiones a las que mayor referencia hace la Corte en el precitado periodo.

¹⁴⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-136 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁴⁸ No se descarta la existencia de otros temas, pero se consideran aquellos como los más relevantes.

¹⁴⁹ *Ibíd.*,

3.2.2.1 Aumento del término perentorio para interponer la tutela. Como se comenta en el ...*ítem 3.1.1.4...*, la Corte Constitucional inicialmente instauró como termino perentorio para interponer la tutela a fin de obtener la cancelación de la prestación de la licencia por maternidad, aquel que estableció la ley como periodo de descanso dentro de la misma, esto es; 84 días. Trascurridos estos se entendía que el daño estaba consumado. A contrario sensu, actualmente conforme a la jurisprudencia de esta misma institución judicial, la madre trabajadora puede impetrar dicha acción, dentro del año siguiente de haberse producido el nacimiento de su hijo.

Sobre el particular, es menester resaltar, como el tribunal constitucional antes de adoptar el nuevo término perentorio, se refiere a la importancia del antiguo, y a su vez, reconoce como éste se convirtió en una talanquera que impedía a la madre acceder a la licencia cuando acorde a la Constitución Política, existían razones suficientes para proteger su maternidad, y por ende, dicho tiempo debía ampliarse.

Al respecto esto fue lo que exactamente en parte argumentó el tribunal para sustentar el cambio de jurisprudencia:

Sin negar en ningún momento la solidez de la argumentación que sirvió de soporte a la anterior jurisprudencia, y teniendo presente que los 84 días dentro de los cuales se obligaba a la madre a demandar en tutela correspondían al término legal de su licencia, considera en esta ocasión la Sala, que la anterior garantía se fue convirtiendo con el paso del tiempo, y por un aprovechamiento injustificado de esa jurisprudencia de parte de las E.P.S., en un formalismo insalvable para la protección efectiva de una cuestión de talante sustantivo como son las condiciones para proteger a la mujer durante el embarazo y después del parto y al bebé recién nacido.

Adicional a las razones exógenas y ajenas a las madres accionantes, referidas a la demora con la que las empresas promotoras de salud responden las peticiones relativas al pago de la licencia de maternidad, llevando a las interesadas a tener que acudir tardíamente a la acción de tutela con la nefasta consecuencia de que el juez constitucional igualmente desestima sus intereses por oportunidad en la presentación de sus alegatos, cree fundadamente esta Sala que el énfasis en la protección constitucional para casos como el que nos ocupa, es preciso hacerlo en el recién

nacido que amerita protección en todos los planos del ser, para permitirle a la madre que pueda demandar en tutela no única y estrictamente dentro del término de la licencia de maternidad sino también dentro del año de protección que la propia Carta concede a los recién nacidos menores de un año aún sin tener un régimen de seguridad social definido. (art. 50 C.P.) Vale decir, la ius fundamentalidad de la licencia de maternidad se extiende hasta por un año y en ese tiempo se le permite legítimamente a la madre acudir en tutela si así lo desea, para la protección del derecho al mínimo vital de ella y de su hijo.

(...)

No hay duda que la licencia de maternidad se concede en interés de la genitora, pero también y especialmente en interés del niño y sirve para atender necesidades de la madre, pero también para solventar las del niño incluidas las de su seguridad social o protección. Siendo la voluntad del constituyente que los derechos del niño prevalezcan sobre todos los de los demás, y que durante el primer año de vida gocen de una protección especial, el plazo para reclamar el derecho a la licencia por vía de tutela no puede ser inferior al establecido en el artículo 50 de la Constitución o sea 364 días y no 84 como hasta ahora lo había señalado jurisprudencialmente esta Corporación¹⁵⁰.

De las anteriores citas, provenientes de la Sentencia T-999 de 2003, queda claro entonces, que a partir de ésta providencia la Corte Constitucional, y como así lo confirma verbigracia en la Sentencia T-794 de 2008, la madre trabajadora podrá solicitar ante un juez constitucional la protección de su mínimo vital y el de su hijo dentro de un año, que empezará a contarse desde la “época del nacimiento”¹⁵¹. Esto en consonancia con lo consagrado en el artículo 50 de la Constitución Política, cual comporta para el Estado, el deber de salvaguardar gratuitamente al niño en su primer año de vida, cuando éste carezca de protección o de seguridad social.

3.2.2.2 Reconocimiento completo de la prestación económica cuando no se cotizan las semanas exigidas por la ley. Con relación al tema nombrado, la

¹⁵⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-999 de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería

¹⁵¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-794 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

Corte Constitucional viene definiendo una gruesa línea jurisprudencial, que actualmente permite reconocer la prestación económica de la licencia por maternidad en su totalidad a favor de la madre lactante, cuando las cotizaciones realizadas a la E.P.S sean incompletas, discontinuas o simplemente no coinciden con en el mismo número de semanas de su período de gestación. Claro está, que ello sólo aplica en determinadas circunstancias fácticas precisadas por la jurisprudencia. No obstante, adviértase que en ciertos estadios, el precitado tribunal no concebía la posibilidad de cancelar esta prestación si la genitora no cotizaba como mínimo durante todo el tiempo de gestación, esto por cuanto así lo exigen los Decretos 806 de 1998 y 047 de 2000.

Sobre la cuestión, originariamente existen innumerables providencias constitucionales donde se analizan eventos en los cuales se dejan de cotizar días e incluso meses. Al respecto cítense las Sentencias: 1) T-931 de 2003¹⁵², en esta el periodo dejado de cotizar es de 11 días; 2) T-1010 de 2004¹⁵³, en esta fueron 30 días; 3) T-790 de 2005¹⁵⁴, fueron 30 días y 4) T-549 de 2005¹⁵⁵, 22 días. Estas tienen en común que los casos desatados, aluden a la cancelación de la prestación económica de la licencia de maternidad a mujeres trabajadoras que por haber cambiado de trabajo, dejaron de cotizar al Sistema de Seguridad Social en Salud en el lapso que estuvieron desempleadas.

En la resolución a los casos planteados, la Corte ordenó la cancelación de dicha prestación, argumentando de forma general que, si bien existen normas legales que exigen a las madres cotizar como mínimo durante todo el periodo de gestación a la EPS, porque de lo contrario no tendrían derecho a la prestación económica por licencia de maternidad, no por ello se puede predicar el desconocimiento a la ius fundamentalidad de este derecho, máxime si el mismo se deriva directamente

¹⁵² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-931 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁵³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. T-1010 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁵⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. T-790 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. T-549 de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería

de la Constitución Política de 1991, pues como lo recuerda en la Sentencia T-931 de 2003, ésta “es un derecho mínimo que tiene la mujer y que el Estado está obligado a reconocer y proteger¹⁵⁶” de conformidad a los artículos 43 y 53 de la Carta, en consecuencia, “para su reconocimiento, no se pueden establecer requisitos que hagan írrita la existencia legal de tal prestación¹⁵⁷”. De modo que, negar la licencia bajo el fundamento formal de que la madre trabajadora tuvo una interrupción en las cotizaciones de carácter “irrisorio¹⁵⁸” o poco representativo, significa entonces, “optar por la prevalencia de la forma sobre lo verdaderamente sustancial, contrariando también el artículo 228 C.P¹⁵⁹”.

Aunado a lo anterior, piénsese también en los eventos de embarazos prematuros, cuales impedirían a las madres cotizar el tiempo establecido por la ley como requisito para obtener el pago de la licencia, pues si cierto es que existe un periodo biológico de gestación promedio, que de acuerdo a la ciencia médica puede ser de treinta y seis (36) semanas, no es menos cierto que la misma no descarta la posibilidad de presentarse embarazos en tiempos menores. Así incluso lo prevé la jurisprudencia constitucional al puntualizar en la Sentencia T-520 de 2006 que: “Si bien la normatividad para el reconocimiento de la licencia de maternidad por parte de las E.P.S. establece que para tener derecho al pago se debe haber cotizado durante todo el período de gestación, el cumplimiento de tal requisito debe analizarse a la luz de cada embarazo. Lo anterior, pues a pesar de existir un tiempo de gestación promedio de treinta y seis semanas, pueden presentarse embarazos de menor duración o prematuros¹⁶⁰”. Por tanto, “en los términos en los cuales está establecido el mandato de pago de todo el período de

¹⁵⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-931 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁵⁷ *Ibíd.*,

¹⁵⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-690 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁵⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-931 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁶⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-520 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

gestación no se establece un tiempo predeterminado de embarazo en meses o semanas¹⁶¹.”

El máximo tribunal constitucional en Sentencia T-530 de 2007, redunda sobre la problemática cuando indica:

Inicialmente, la Corte había señalado que si las afiliadas al SGSSS no cumplían con el pago completo de sus aportes durante todo el período de gestación, la acción de tutela no era viable y la licencia de maternidad se negaba, excepto cuando estuviere probado que el no pago vulneraría el derecho al mínimo vital de quien reclama dicha prestación.

Posteriormente, advertido el hecho de que se haría nugatoria la protección constitucional especial otorgada a las madres, se consideró que la ausencia de pago de aportes durante cortos períodos durante el tiempo de la gestación, no podría ser argumento suficiente para no proteger por vía de tutela los derechos fundamentales al mínimo vital, tanto de la madre como del nasciturus, razón por la cual se procedió a amparar por esta vía judicial excepcional el pago de tal licencia de maternidad.

Sin embargo, abierta esta brecha, los casos en los que las cotizaciones no coincidían con el período de gestación, y por ser aquellas ligeramente menores, se multiplicaron y fueron haciéndose más comunes. Es decir, ya no faltaban por cotizar algunos días, sino que se daba el caso de faltar semanas completas de cotizaciones y en algunos casos varias semanas en su conjunto, lo que fue generando pronunciamientos por parte de la Corte, cada vez más proteccionistas, en detrimento del cumplimiento de los requisitos formales exigidos para que el derecho prestacional se pudiera pagar adecuadamente.

De esta manera, se concedieron tutelas en las que se habían dejado de pagar tan solo 11 días o 21 días, para pasar a amparar derechos fundamentales en casos en los que la madre reclamante había dejado de cotizar por más de un mes [...] ¹⁶².

Quedando claro la probabilidad de que pueden presentarse eventos donde no se efectúen las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, de la forma como lo prescriben las normas que regulan la materia, cabría entonces preguntarse cuál es ese tiempo que dejado de cotizar no implicaría para la madre

¹⁶¹ Ibíd.,

¹⁶² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-530 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabras.

trabajadora, la negación de la prestación pecuniaria que tendría derecho en gracia a la maternidad.

Pues bien, este tribunal luego de analizar múltiples circunstancias fácticas verbigracia las anotadas, precedidas por el común denominador de que las cotizaciones al Sistema no fueron completas o ininterrumpidas, determina que si la madre genitora deja de cotizar al mencionado Sistema por razones ajenas a su voluntad menos de dos meses del período de gestación, y cumple con los restantes requisitos establecidos por la ley y la jurisprudencia, le asiste el deber a la E.P.S de cancelar de forma completa la licencia de maternidad. De esta forma se establece entre otras, en las Sentencias: T-530 de 2007¹⁶³, T -1223 de 2008¹⁶⁴, T -136 de 2008¹⁶⁵, T-526 de 2009¹⁶⁶ y T-1036 de 2010¹⁶⁷.

Específicamente la Corte Constitucional consagra: “En aquellos casos en los que las semanas dejadas de cotizar al SGSSS correspondan a menos de dos (2) meses frente al total del tiempo de la gestación, se ordenará el pago de la referida licencia de maternidad de manera completa en un ciento por ciento (100%)¹⁶⁸”.

Dicho de otro modo: “Cuando una mujer deja de cotizar al sistema general de seguridad social en salud menos de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la ley y la jurisprudencia, se ordena el *pago total* de la licencia de maternidad¹⁶⁹”.

¹⁶³ *Ibíd.*,

¹⁶⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T -1223 de 2008. M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa.

¹⁶⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T -136 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monrroy Cabras.

¹⁶⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-526 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁶⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1036 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁶⁸ *Ibíd.*,

¹⁶⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-690 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Con todo, es menester cuestionarse de dónde partió la Corte para establecer el término perentorio indicado con el fin de obtenerse la cancelación total de la licencia por maternidad. Pues bien, de conformidad a su jurisprudencia, dicho tiempo se esgrime a raíz de la Sentencia T-053 de 2007¹⁷⁰. En ésta se sienta un nuevo precedente, dentro del cual se ordena el pago de la prestación económica a favor de una madre, que había dejado de cotizar por un lapso de dos meses y dos días, que reflejados en el tiempo de gestación, se tiene que la misma cotizó aproximadamente siete meses de los nueve de su embarazo. La referida medida, surge luego de que el tribunal constitucional viniera prescribiendo la cancelación total de la licencia e incluso de forma proporcional al periodo cotizado, en casos donde los periodos dejados de cotizar no superaban los dos meses.

El término perentorio anunciado, es reiterado posteriormente en la Sentencia T-206 de 2007, cuando el tribunal al analizar dos casos en los que no se habían cotizado durante el periodo de gestación, establece:

En las Sentencias T-1243 de 2005 y en la T-034 de 2007, proferidas por esta Sala de Selección, atendidas las circunstancias especiales analizadas en cada caso, se ordenó el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que cotizaron durante el embarazo, a razón de 93.7% en el primero de los casos, en que el periodo dejado de cotizar fue de 17 días y de 85.1% en el segundo, en donde el lapso sin cotizar fue de 5.6 semanas.

No obstante la anterior posición jurisprudencial, dado que en la sentencia T-053 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se ordenó el pago de la licencia de maternidad en proporción del 100% a una madre cabeza de familia que dejó de cotizar por un lapso de 2 meses y dos días, esta Sala valora y comparte los argumentos allí esgrimidos según los cuales en tratándose de la reclamación de la licencia de maternidad, la verificación de los requisitos legales para su procedencia no puede ser tan rigurosa y por tanto, debe prevalecer la aplicación de las normas superiores que regulan la protección doblemente reforzada por la calidad de sujetos de especial protección que tiene la madre cabeza de familia y el hijo, frente aquellas normas que determinan que el periodo de cotización debe ser igual al de la

¹⁷⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-053 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabras.

gestación. En consecuencia, en los casos objeto de estudio, esta Sala aplicará el precedente constitucional contenido en dicha sentencia.

Así entonces, en consideración a las circunstancias analizadas en el expediente T-1508372, en donde la accionante es madre cabeza de familia, ha estado afiliada al régimen contributivo de salud por más de cinco años; recibe un salario mensual equivalente al mínimo, con grave afectación de su mínimo vital y el de su menor hijo; ha dejado de cotizar por un periodo igual a 10 semanas, término que supera el mínimo de los dos meses establecidos en la sentencia T-053 de 2007 ya citada, se ordenará a [la E.P.S] que, le pague a la {madre} la licencia de maternidad correspondiente al nacimiento de su hijo, de manera proporcional al tiempo que cotizó durante su embarazo.

Por tales razones se ordenará a [la EPS] que le pague a Ligia Sabogal Martínez, el 74.3% de la mencionada licencia de maternidad.

De la misma forma, dadas las circunstancias presentes en el expediente T-1508373, en donde la accionante ha estado afiliada al régimen contributivo de salud por más de dos años; el periodo que ha dejado de cotizar es igual a 30 días - inferior al mínimo de los dos meses -, y se trata de una madre cabeza de familia desempleada que depende económicamente de sus padres, con grave afectación de su mínimo vital y el de su menor hija, se ordenará a [la EPS] que, como se hizo en la sentencia T-053 de 2007 ya citada, pague a la {madre}, la licencia de maternidad a que tiene derecho por el nacimiento de su menor hija, en proporción del 100%¹⁷¹.

Cabe destacar que reconocer en su totalidad la licencia de maternidad, cuando la madre no ha cotizado de forma ininterrumpida o continúa como mínimo durante todo el periodo de gestación, tal y como así lo exige el artículo 63 del Decreto 806 de 1998 y el artículo 3, numeral 2 del Decreto 047 de 2000, conlleva a inaplicar estas disposiciones, y en efecto a emplear directamente la Constitución Política de 1991 conforme a su artículo 4. De este modo lo insta la Corte en Sentencia T- 530 de 2007 cuando determina que, las citadas disposiciones imponen “un requisito que hace nugatorio el derecho de la mujer a que se le reconozca la prestación económica derivada la licencia de maternidad, hecho que en sí mismo haría necesaria su inaplicación¹⁷²”. En tal sentido, dispone también en

¹⁷¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-206 de 2007.M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁷² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-530 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

la T-906 de 2006: “El requisito exigido legalmente de haber cotizado durante todo el período de la gestación, no puede aplicarse de manera mecánica, pues el hacerlo, en algunos de los casos, provoca que el derecho a la prestación económica referida a la licencia de maternidad sea inocuo¹⁷³”.

Adviértase sobre lo expuesto, que ello fundamenta en gran medida el tema que a continuación se aborda.

3.2.2.3 Reconocimiento de la prestación económica de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó. Sin perder de vista la argumentación anterior, por tratarse el presente tema una arista que también resulta cuando la madre no cotiza las semanas al Sistema de Seguridad Social en Salud de forma continua, ininterrumpida o sencillamente no coinciden con en el mismo número de semanas de su período de gestación, éntrese a establecer bajo cuales circunstancias fácticas la trabajadora tiene derecho a que se le cancele de manera proporcional la prestación económica que genera a su favor la licencia de maternidad de conformidad a la jurisprudencia constitucional.

Acerca del tema, la Corte Constitucional luego de pronunciarse en múltiples ocasiones con respecto al otorgamiento de este derecho en determinadas circunstancias no previstas por la ley, tal y como lo es una de estas, el hecho de que la progenitora no lograre cotizar al sistema durante todo su periodo de gestación, consideró en la Sentencia T-1243 de 2005¹⁷⁴ que era “pertinente establecer una variable a la línea jurisprudencial que ya se venía siguiendo, en el sentido de establecer un criterio de proporcionalidad, que garantizara un equilibrio entre el derecho a recibir el pago de un derecho prestacional que garantizaría el

¹⁷³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-906 de 2006. M.P. Humberto Antonio Porto Sierra.

¹⁷⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1243 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

respeto de derechos fundamentales de orden constitucional, frente a la necesidad de asegurar una la responsabilidad en el pago oportuno y completo de los aportes y el equilibrio económico del SGSSS¹⁷⁵.

Bajo este fundamento, enmarcado dentro del principio de la proporcionalidad, obsérvese como se ordena a través de la providencia citada, la cancelación a la madre lactante de la prestación económica por licencia de maternidad en forma proporcional al tiempo cotizado durante su embarazo. Exactamente así lo operacionalizó la Corte en esta oportunidad: “Si se tiene en cuenta que durante su embarazo, la accionante cotizó 253 días al sistema de seguridad social en salud y que de haber cotizado durante los 270 días de la gestación tendría derecho al 100% de la licencia de maternidad, se concluye que de acuerdo con el tiempo que cotizó durante la referida gestación, es proporcional que la accionante reciba el 93.7% de la licencia de maternidad¹⁷⁶”.

Este precedente judicial¹⁷⁷, que hizo alarde al criterio de pago proporcional, fue posteriormente ratificado en las Sentencias T-598 de 2006¹⁷⁸, T-034 de 2007¹⁷⁹, T-206 de 2007¹⁸⁰, entre otras. En la primera se ordenó el pago de la licencia en proporción al tiempo cotizado durante su embarazo; ello debido a que la madre únicamente había cotizado siete meses de su período de gestación. En la segunda, se decretó el reconocimiento del 85.1% de dicha licencia, teniendo en cuenta que la accionante sólo había cotizado 32 de las 37.6 semanas que duró su período de gestación. Y en la tercera, se decidió que de acuerdo al tiempo que cotizó la mujer trabajadora, cual fue 29 de las 39 semanas, era proporcional que recibiera el 74.3% de la licencia de maternidad.

¹⁷⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-530 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monrroy Cabras.

¹⁷⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1243 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁷⁷ *Ibíd.*,

¹⁷⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-598 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁷⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-034 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁸⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-206 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

En este orden de ideas, la Corte Constitucional en Sentencia T-794 de 2008, establece que: si “el periodo no cotizado es mayor a dos meses del periodo total de gestación, (...) procede el reconocimiento del pago de la licencia, en un valor proporcional al tiempo cotizado¹⁸¹”.

Formulado en sentido normativo en Sentencia T-1223 de 2008, regla: “Cuando una mujer deja de cotizar al sistema general de seguridad social en salud más de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la ley y la jurisprudencia, se ordena el pago proporcional de la licencia de maternidad¹⁸²”.

Este modo de pago no previsto en las leyes que reglamentan la materia, es una medida razonable adoptada por el tribunal constitucional en virtud del principio de la proporcionalidad, cual a todas luces se aplica en observancia de la Constitución Política de 1991 y los tratados, convenios o instrumentos internacionales; normas que prodigan protección a la mujer en gracia a su maternidad, que como es apenas lógico trasciende en lo atinente al desarrollo normal del niño recién nacido.

Destáquese que sobre la proporcionalidad la Corte se refiere al mismo como “un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales¹⁸³”. En efecto, encuentra completa aplicación dicho principio en los casos donde se discute la concesión de la licencia de maternidad en condiciones no previstas por las normas existentes sobre la materia, máxime si es de conocimiento generalizado que esta reglamentación legal es de dudosa constitucionalidad.

¹⁸¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-794 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁸² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-794 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁸³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: C- 799 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-575 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Entonces, con la proporcionalidad se flexibiliza la rigurosidad y se soslayan los embates de la normatividad relacionada con los requisitos que conforme a ésta debe sortear la madre para conseguir el otorgamiento de la prestación económica por maternidad.

4. LICENCIA REMUNERATORIA DE MATERNIDAD: PRINCIPALES SUBREGLAS CONSTITUCIONALES

En la jurisprudencia constitucional se pueden hallar implícita o explícitamente un sinnúmero de reglas decisionales o subreglas previamente establecidas en precedentes judiciales, referentes a la remuneración de la licencia de maternidad, cuales deben ser conocidas y aplicadas tanto por los jueces de Colombia como por las entidades que administran el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Precisamente, en ocasión a lo anterior, se entra en el presente apartado a determinar cuáles son las principales subreglas sobre el tema, no sin antes advertir que la gran mayoría fueron anunciadas y comentadas en el capítulo anterior.

Sin embargo, preliminarmente es relevante hacer una sucinta conceptualización sobre el significado de subreglas constitucionales.

4.1 SUBREGLAS CONSTITUCIONALES

Como arriba se indica, es usual encontrar en las sentencias de la Corte Constitucional, en especial las proferidas en el marco del control de constitucionalidad de revisión de tutela, una especie de enunciados normativos previamente instituidos en determinados precedentes judiciales, que suelen denominarse subreglas o reglas decisionales. Estas posteriormente por regla

general, son aplicadas a casos con problemas jurídicos similares, esto es, son reiteradas jurisprudencialmente.

Según Arango y Lemaitre las subreglas son: “formulaciones que permiten aplicar el derecho abstracto a un caso concreto a través de reglas jurídicas prescriptivas, generales y abstractas¹⁸⁴”. Estas disposiciones normativas de origen judicial, son establecidas por el tribunal constitucional en virtud de su función de máxima intérprete y guardiana de la Constitución Política de 1991.

Como bien lo ilustra García, la Corte cuando analiza un caso concreto antecedido por “vaguedades o inconsistencias en el lenguaje jurídico cuales surgen ya sea porque la Constitución habla con voz incierta o con muchas voces¹⁸⁵”, le corresponde “la imperativa necesidad de desplegar el significado normativo explícito de las normas constitucionales para determinar su contenido prescriptivo y resolver así la nueva situación que se somete ante la composición jurisdiccional. Lo que se hace en estas situaciones tan comunes es concretar normas adscritas de derecho fundamental¹⁸⁶”.

En efecto, como resalta éste, “el estado de cosas sometido a un examen constitucional puede ser determinado¹⁸⁷”, mediante “una norma adscrita, cual es más específica que la norma iusfundamental directamente consagrada¹⁸⁸”, tal como si tratase de una norma originada propiamente en el seno del derecho legislado. “Dos características esenciales distinguen a tal tipo especial de normas: (i) están vinculadas interpretativamente a una disposición iusfundamental o bien a la norma directamente estatuida que constituye su expresión deóntica, y (ii)

¹⁸⁴ ARANGO, Rodolfo y LEMAITRE, Julieta. Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital: estudio de caso: despido injusto de mujer embarazada. Universidad de los Andes, Bogotá, 2003, p. 23.

¹⁸⁵ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. El nuevo derecho en Colombia: ¿Entelequia innecesaria o novedad pertinente? En: Revista de Derecho, Universidad del Norte. N°. 29, 2008. Pag 313. [Consultado el 01/Ago/2011]. Disponible en: http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/29/11_El%20nuevo%20derecho.pdf

¹⁸⁶ Ibíd., p.313.

¹⁸⁷ Ibíd., p.313.

¹⁸⁸ Ibíd., p.313.

guardan una relación directa con el objeto del caso concreto explicitando un contenido normativo relevante para resolver el problema jurídico en debate¹⁸⁹.

En este orden de ideas, se puede afirmar que las subreglas o reglas constitucionales, son el resultado o concreción normativa de la interpretación que efectúa la Corte Constitucional de las abstractas, “indeterminadas y lapidarias cláusulas¹⁹⁰” consagradas en la Carta Magna, con la cual se resuelve una cuestión jurídica relativa a un derecho fundamental. Como dice López, “son aquellas que marcan y reafirman el derecho constitucional¹⁹¹”.

Ahora cabría preguntarse, cuál es el canon o cánones instaurados en la Constitución Política de donde brotan las subreglas sobre la remuneración de la licencia de maternidad?-. Pues bien, la principal sin lugar a dudas es la protección a la maternidad, concebida en el artículo 43 de la precitada norma. No obstante, aclárese que hay subreglas, que aparte de vincularse interpretativamente a dicha norma, también surgen a raíz de otras igualmente consagradas en la mencionada Carta, tal como es el caso de la regla relativa al término actual dentro del que se puede interponer la acción de tutela para reclamar la prestación económica, cual es de un año; contado a partir del nacimiento del niño. Como más adelante se constata, dicho término perentorio además de generarse en aras de la protección de la maternidad consagrada en dicho artículo, es la concreción de la interpretación del también artículo 50, cual intuye el deber de protección gratuita con cargo al Estado a favor del recién nacido durante el primer año de subsistencia cuando éste carezca de protección o de seguridad social.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, p.314.

¹⁹⁰ BERNAL P, Carlos. El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá – Colombia. Citado por: ARIAS FONSECA, Jaime Luis. El Control de Constitucionalidad de las Leyes, La Acción de tutela y la Revisión de Tutela: Como un Triangulo Protector de los Derechos Fundamentales en Colombia. Monografía de grado para optar al título de abogado. Barranquilla - Colombia. Corporación Universitaria de la Costa –CUC-. 2007, p. 28.

¹⁹¹ LOPEZ MEDINA, Diego. El Derecho de los Jueces. Legis, Bogotá D.C. 2000, p. 68.

No obstante, se recalca que también es factible encontrar otras reglas decisorias sobre la materia vinculadas interpretativamente a cánones constitucionales, donde positivamente se consagran derechos fundamentales, tales como; los derechos de los niños (Art. 44), la protección especial de estos en su primer año de vida cuando no estén afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud (Art.50), el mínimo vital (jurisprudencia), la igualdad (Art.13), la vida digna (Arts. 1 y 10), el derecho a la alimentación de la madre y el menor (Art. 43 y 44), la integridad personal (Art. 05),entre otros.

En este sentido, sin temor a equívocos se puede aseverar que mediante las subreglas existentes referidas a la remuneración de la licencia estudiada, se aseguran los derechos fundamentales de la mujer y el reciente nacido, y además las mismas garantizan la protección por parte del juez constitucional de manera uniforme, “sin violar el derecho a la igualdad¹⁹²”. De hecho, a nivel de la Corte Constitucional dichas subreglas regularmente son reiteradas una y otra vez en sus sentencias. A propósito, ésta precisa que mediante “la reiteración se consolidan reglas jurisprudenciales previamente establecidas y se garantiza la eficacia del derecho fundamental a la igualdad de trato en la aplicación del derecho, en una esfera de invaluable importancia para el ciudadano, como es el ejercicio de los derechos fundamentales¹⁹³”.

Asociado a lo antedicho, la corporación señala que el “proceso de adjudicación seguido por la Corte Constitucional, al proferir sentencias de reiteración, consiste en la aplicación de reglas decisorias (subreglas) establecidas al estudiar situaciones fácticas semejantes a la que se presenta en el caso sometido a estudio del juez, siempre y cuando se mantengan las condiciones normativas y sociales dentro de las cuales se adoptó la decisión inicial¹⁹⁴”.

¹⁹² ARANGO, Rodolfo y LEMAITRE, Julieta. Op.cit, p. 23.

¹⁹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-388 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁹⁴ *Ibíd.*,

En tal sentido, “cuando el juez encuentra que una decisión previa tiene esas características, es decir, que presenta un problema jurídico constitucional semejante al que debe decidir, puede concluir que se trata de un precedente judicial que controla o determina la decisión del nuevo caso, en virtud del principio de igualdad; es decir, del mandato de justicia que exige dar igual tratamiento jurídico a situaciones fácticas iguales¹⁹⁵”. Bajo este entendido, le corresponde entonces al Juez Constitucional, recurrir a la decisión judicial anterior donde se conocieron, estudiaron, analizaron y decidieron sobre unas circunstancias fácticas y de derecho similares y por tanto aplicables al nuevo caso, porque de lo contrario desconocería el derecho a la igualdad.

Efectuada la ilustración anterior, pásese a determinar cuáles son las principales reglas decisorias en materia de remuneración de licencia de maternidad. Adviértase que, como ya se dijo, algunas de éstas expresamente han sido dictaminadas por la Corte Constitucional, otras se pueden extraer tácitamente de las lecturas de sus providencias.

4.1.1 Subreglas sobre la procedencia de la tutela: violación del mínimo vital y otros derechos fundamentales. Sobre la cuestión nombrada, la Corte mantiene una sólida subregla constitucional que, predica la procedencia excepcional de la acción de tutela para conseguir la cancelación de la prestación económica que genera la licencia de maternidad a favor de la madre genitora, cuando su derecho al mínimo vital y el de su menor se encuentren amenazados. Ello podrá obtenerlo mediante un procedimiento preferente y sumario que puede durar inicialmente como mínimo 10 días hábiles. De este modo, se obvia un tedioso proceso judicial ordinario o administrativo dentro del cual se deben surtir una serie de etapas en determinado tiempo, cual sin hacer tantas lucubraciones se extendería durante un

¹⁹⁵ *Ibíd.*,

término considerable, en el que la madre y su menor se expondrían a subsistir en condiciones indignas, máxime si la única fuente de ingreso de aquella es su salario.

Recurrir a la justicia ordinaria laboral o contenciosa administrativa¹⁹⁶ en busca de obtener el pago de la mencionada licencia, significaría poner en peligro la vida digna de la genitora y el recién nacido; se estaría frente a una inminente amenaza de los derechos fundamentales de estos, en especial del mínimo vital para subsistir. Así lo entiende la Corte cuando recalca que su jurisprudencia ha “reconocido que las acciones ordinarias no constituyen, en términos generales, mecanismos idóneos para conjurar la afectación del mínimo vital -tanto de la madre como del menor que acaba de nacer- producida como consecuencia de la omisión en relación el pago de la licencia de maternidad. Lo anterior, por cuanto su diseño procesal no cuenta con la agilidad que la protección de los derechos fundamentales de estos dos sujetos demanda¹⁹⁷”.

Al respecto entre otros fundamentos, el precitado tribunal dispone:

Esta Corporación ha reconocido en reiteradas ocasiones que, la tutela resulta el medio de idóneo para reclamar el pago de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad en los casos en que la ausencia de tales recursos afecte el mínimo vital y por ende la garantía de otros derechos fundamentales como es el caso de la vida digna, la salud, la integridad física y la seguridad social¹. De ahí que, en algunos casos se haya afirmado que ésta deja de ser un derecho de carácter legal y se convierte en un derecho de carácter fundamental, de orden prevalente, cuya protección es procedente a través de la acción de tutela¹⁹⁸

En concordancia con lo anterior, expresa:

¹⁹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-139 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-354 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

¹⁹⁸ Ibíd.,

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución la acción de tutela es un mecanismo de carácter subsidiario que procede cuando no existen otros medios judiciales de defensa; sin embargo, existen algunas excepciones definidas por la jurisprudencia que permiten que el amparo proceda en el caso, por ejemplo, de solicitud para el reconocimiento y pago de licencia de maternidad, dependiendo de ciertos requisitos y siempre que exista vulneración del derecho al mínimo vital de la madre gestante, pues ante tal situación no existe en el ordenamiento jurídico un medio de defensa judicial, que sea idóneo, al que puedan acudir las usuarias del sistema de salud que demandan el pago de la prestación y el reconocimiento de sus derechos¹⁹⁹.

Sumando lo antedicho, se tiene entonces que:

Por regla general, la acción de tutela es improcedente para ordenar el pago de derechos prestacionales, dentro de los cuales por supuesto se encuentra la suma respectiva que debe reconocerse y cancelarse, bien sea por la E.P.S. o por el empleador, según el caso, por concepto de licencia de maternidad. De allí que por tratarse de una prestación económica, para su reconocimiento y pago, en principio, debe acudir a la jurisdicción ordinaria laboral en ejercicio de las acciones pertinentes. Sin embargo, la aplicación de la regla general no se opone a que al presentarse ciertas circunstancias específicas, haya lugar al pago de la licencia de maternidad a través de la acción de tutela, esto es, cuando esta prestación es la única fuente económica de ingresos con que cuenta la madre y su hijo para su manutención.

Así, este derecho que en principio es una prerrogativa de orden legal y por ende el litigio debe ser resuelto por la jurisdicción ordinaria laboral, adquiere relevancia constitucional cuando el no pago oportuno de la licencia de maternidad puede ocasionar la vulneración del derecho fundamental a la vida en condiciones dignas tanto de la madre como del hijo, en aquellos casos en los que el valor percibido por este concepto durante el transcurso del periodo de licencia, se convierten en su único sustento.

En este orden, pese a que la licencia como derecho que concreta la protección a la maternidad, tiene un contenido eminentemente prestacional y por ende de contenido económico, puede convertirse en un derecho fundamental, cuando por conexidad se afectan derechos y principios como la dignidad humana y los derechos del niño. Vale decir, cuando el no reconocimiento y pago de la licencia de maternidad vulnere la calidad de vida, la seguridad social, la salud, la alimentación y el mínimo vital de la madre y del hijo. Es esta la razón por la cual se predica que existe una protección

¹⁹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-781 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

doblemente reforzada, habida cuenta que concurren no solamente derechos fundamentales en cabeza de la madre, sino también de su menor hijo, que forman una unidad “mayor que la suma de los elementos que la integran (madre e hijo)”²⁰⁰.

De toda la ilustrada fundamentación, cual oficia como argumento en múltiples sentencias²⁰¹ de tutela, se puede extraer fácilmente en primer lugar, la subregla establecida por la Corte Constitucional.

Esta regla puede formularse de la siguiente manera:

- **Procede excepcionalmente a favor de la mujer trabajadora la acción de tutela para obtener el pago de la licencia de maternidad, cuando el derecho a su mínimo vital y del recién nacido se encuentren amenazados por la omisión de éste²⁰².**

También puede anunciarse del siguiente modo:

- **Procede excepcionalmente a favor de la mujer trabajadora la acción de tutela para obtener el pago de la licencia de maternidad, cuando el salario que devenga se constituye en su único ingreso de subsistencia en condiciones dignas tanto para ésta como para su hijo recién nacido²⁰³.**

Igualmente puede expresarse así:

- **Procede excepcionalmente la acción de tutela a favor de la mujer trabajadora para obtener el pago de la licencia de maternidad cuando se afecten derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la salud y el mínimo vital²⁰⁴.**

En segundo lugar, también es relevante destacar que la referida subregla es la concreción de disposiciones abstractas consagradas en la Constitución Política,

²⁰⁰ Pueden consultarse las siguientes Sentencias de la CORTE CONSTITUCIONAL: T-603 de 2006, T-906 de 2006, T-323 de 2007, T-382 de 2007

²⁰¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-906 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁰² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-602 de 2010. Juan Carlos Henao Pérez.

²⁰³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-354 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁰⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-966 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

cuales se pueden enlistar así: el artículo 86, la acción de tutela; el 43, igualdad y protección de la mujer; el 44, protección a la niñez; el 48, derecho a la seguridad social; el 50, derecho de los menores a la protección o seguridad social por parte del Estado; el 01, respeto a la dignidad humana, al trabajo y la solidaridad, y, el derecho al mínimo vital, que es una disposición de origen jurisprudencial.

Sin embargo, es de anotar que primigeniamente la precitada regla nació en el marco de la protección a la maternidad consagrada en el artículo 43 de la Constitución Política. En efecto, de este modo lo determina el tribunal al revelar que, “en desarrollo de esta disposición se ha establecido la procedencia excepcional de la tutela para reclamar la licencia de maternidad en los casos en los cuales se cumplan los requisitos establecidos por la jurisprudencia²⁰⁵”. Amén de ello, “la tutela se convierte en el mecanismo ideal para la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y, a la vida en condiciones dignas, tanto de la madre como del niño, que se protegen como una unidad²⁰⁶”.

Subreglas sobre el mínimo vital. Como complemento de la regla constitucional anunciada, se deben tener en cuenta otras formuladas con relación a la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital, cuales son expresadas categóricamente por la Corte Constitucional en el siguiente tenor:

- **La accionante que reclama el pago de la licencia de maternidad posee la carga de aportar las pruebas que permitan evidenciar que existe la vulneración al derecho al mínimo vital, con el objeto de presentar al juez su situación económica y la afectación de la misma. Sin embargo, para no hacer dicha carga gravosa para la peticionaria, el solo hecho de afirmar que existe vulneración del mínimo vital es una presunción a la que debe aplicarse el principio de veracidad. Adicionalmente, en ciertos casos, el juez constitucional en procura de resguardar los derechos de los niños [o de las niñas] y de las madres gestantes puede presumir la vulneración del derecho**

²⁰⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-966 de 2010. MP. Juan Carlos Henao Pérez.

²⁰⁶ *Ibíd.*,

cuando quien solicita la prestación económica es una persona de escasos recursos

- Este supuesto no significa que la acción de tutela sólo proceda en los casos de mujeres que devenguen solamente un salario mínimo, pues si la mujer manifiesta que pese a recibir un ingreso más alto, la falta del pago de la licencia puede poner en peligro su subsistencia y la de su hijo [o hija], el juez debe valorar el caso y así mismo, revisar si el amparo es indispensable o no.
- Tratándose de una prestación por licencia, que remplace el pago del salario, no es posible afirmar que no existe vulneración del mínimo vital, ya que en la regularidad de los casos el pago del salario es imprescindible para garantizar el derecho a la vida digna de quien lo recibe” razón por la cual, “la sola negación del pago de la licencia de maternidad permite suponer la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital.
- Tal supuesto debe ser aplicado igualmente para las mujeres que en calidad de cotizantes independientes se afilian al sistema, pues sus ingresos se verán disminuidos por su nueva situación de mujeres que dan a luz un hijo [o una hija]. En consecuencia, el no percibir ingresos por un período de 84 días (tiempo de la licencia de maternidad) indica la vulneración del derecho al mínimo vital, que se presume por la falta de salario.
- En este sentido, si la afiliada al sistema reclama el pago de la licencia de maternidad y la EPS rechaza la solicitud, ésta tiene la carga de la prueba y es la llamada a controvertir que no existe vulneración del derecho al mínimo vital; si por el contrario, la entidad no controvierte la afirmación de la usuaria, el juez de tutela debe presumir la vulneración del derecho mínimo de subsistencia, y en consecuencia, proceder al amparo de los derechos reclamados.
- Cuando la peticionaria interpone la acción de tutela está solicitando la protección de un derecho vulnerado y así mismo afirmando la afectación del mismo, razón por la que no debe exigirse con la presentación del amparo que la tutelante manifieste en forma expresa dicha violación al mínimo vital, pues la presentación de la acción de tutela es una manifestación tácita de la amenaza del derecho fundamental, que hace imperante la intervención del juez constitucional en el asunto.
- Las circunstancias propias de la madre gestante deben atender a sus condiciones económicas personales sin que sea posible afirmar que la protección al mínimo vital dependa de las circunstancias de su cónyuge, compañero permanente o núcleo familiar²⁰⁷.

²⁰⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: T-127 de 2009, T-136 de 2008, entre otras.

Entonces, de lo precedente se sintetiza primero que, para efectos de probar la violación del mínimo vital, se tiene que el mismo se presume vulnerado con la sola negación injustificada del pago de la licencia de maternidad. No obstante, la madre puede allegar todo el material probatorio que considere pertinente de donde se deduzca su afectación. En todo caso, con la sola afirmación de que su mínimo vital se encuentra amenazado e incluso sin ella, pues la mera presentación de la acción de tutela se entiende como una manifestación tácita sobre la amenaza de dicho derecho.

Del mismo modo, el tribunal constitucional advierte que se presume la vulneración al mínimo vital de una “madre gestante o lactante y de su hijo recién nacido, por el no pago de la licencia de maternidad, cuando devenga un salario mínimo o cuando el salario es su única fuente de ingreso²⁰⁸”. Sin embargo, lo anterior no es óbice para que la tutela sea improcedente en los casos donde la mujer devengue un salario más alto, toda vez que, si el mismo es la única fuente de ingresos de la cual depende su subsistencia y la del menor, la violación al mínimo es inminente, y por tanto, requiere su amparo. En todo caso, es obligación del juez valorar las circunstancias fácticas develadas, para de tal modo conceder o no a aquel. Sobre este particular, se cree que un ultimas con el sólo hecho de probarse que el salario es, sin importar si es el mínimo legal o superior a éste, el único medio de ingresos que le permite subsistir a la madre y su recién nacido, debe reconocérsele la prestación económica que envuelve la precitada licencia, y en efecto, se protege sin lugar a dudas el mínimo vital y los restantes derechos fundamentales vulnerados.

Segundo, se resalta que la carga de probar la inexistencia de la violación del mínimo vital recae sobre Entidad Promotora de Salud; será ésta y no la madre la

²⁰⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-136 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

que deba probar si efectivamente no existe vulneración alguna que amenace los derechos fundamentales de aquella y su hijo.

Con todo, le corresponde al juez revisar cada caso en concreto para determinar la afectación del mínimo vital, que como se dijo, podrá suponerlo con la sola negación de la misma, no obstante, concluirá lo contrario si la E.P.S logra demostrar que dicho derecho permanece incólume.

4.1.2 Subreglas sobre el pago total o proporcional de la licencia de maternidad. Como se subraya en el capítulo anterior del presente trabajo, son subreglas consolidadas en la jurisprudencia constitucional, aquellas que permiten a la madre trabajadora recibir el pago completo o proporcional de la licencia por maternidad cuando las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud sean “incompletas, discontinuas o no coincidieron en el mismo número de semanas que su período de gestación²⁰⁹”. Lo anterior se presenta regularmente cuando se dejan de cancelar las cotizaciones; situación que puede obedecer a múltiples razones, dentro de las cuales sobresalen como más comunes: el hecho de que la madre cambie de trabajo y deje de cotizar durante el lapso que estuvo desempleada, también cuando el empleador deja de transferir las cotizaciones por determinado periodo o cuando aquella en calidad trabajadora independiente incurre en cesación de pagos por cierto tiempo.

Las subreglas constitucionales que admiten este modo de pago, se contraponen a las de resorte legal, emanadas en el marco del derecho legislativo, cuales son los Decretos 806 de 1998 y 047 de 2000. Se recuerda que el primero en su artículo 63 prescribe: “El derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un

²⁰⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-231 2009. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

período igual al período de gestación²¹⁰. Y el segundo en su artículo 3, numeral 2, preceptúa: “Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión²¹¹”. Ante este panorama legal, se erigen las precitadas subreglas que, sobre el modo de pagar la licencia de maternidad existen a nivel jurisprudencial, cuales vienen siendo reafirmadas por la Corte Constitucional en sus sentencias, es decir, que a la fecha son reglas judiciales consolidadas.

A las subreglas que se han hecho referencia, son anunciadas²¹² por la Corte en el siguiente tenor:

- **“En aquellos casos en los que las semanas dejadas de cotizar al SGSSS correspondan a menos de dos (2) meses frente al total del tiempo de la gestación, se ordenará el pago de la referida licencia de maternidad de manera completa en un ciento por ciento (100%)²¹³”.**
- **“En los otros casos en los que las semanas dejadas de cotizar superaron los dos (2) meses frente al total de semanas que duró el período de gestación, el pago de la licencia de maternidad se hará de manera proporcional a dichas semanas cotizadas²¹⁴”.**

²¹⁰ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 806 de 1998. (30, abril, 1998). Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional. Diario Oficial. Bogotá D.C, No. 43.291. Base de datos de documentos. [en línea]. [Consultado el 30 de Junio de 2011]. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/decreto/decreto_0806_1998.html

²¹¹ COLOMBIA. MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL. Decreto 047 de 2000. (19, enero, 2000). Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial Bogotá D.C. No. 43.882. Base de datos de documentos. [en línea]. [Consultado el 30 de Junio de 2011]. Disponible en: <http://mps.minproteccionsocial.gov.co/vbecontent/NewsDetail.asp?ID=10155&IDCompany=3>

²¹² En la Sentencia T-530 de 2007 la CORTE CONSTITUCIONAL articuló las posiciones jurisprudenciales referidas, mediante la definición de las reglas citadas. Estas han sido ratificadas entre otras Sentencias como: la T- 136 de 2008, T- 781 de 2008 y la T-231 2009.

²¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-231 2009. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

²¹⁴ *Ibíd.*,

Formuladas de otra forma:

- **“Cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS menos de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la ley y la jurisprudencia, se [debe ordenar] el pago total de la licencia de maternidad²¹⁵”.**
- **“Cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS más de dos meses del período de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la ley y la jurisprudencia, se [debe ordenar] el pago proporcional de la licencia de maternidad al tiempo cotizado²¹⁶”.**

O también de este modo:

- **El pago total de la licencia de maternidad se debe ordenar cuando faltaren por cotizar “al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos dos (2) meses del período de gestación²¹⁷”. También se debe ordenar el pago en forma proporcional al tiempo que efectivamente se cotiza si faltaren “por cotizar más de dos (2) meses del período de gestación²¹⁸”.**

Esta reglamentación constitucional debe ser conocida y aplicada tanto por los Jueces y las Empresas Promotoras De Salud – E.P.S. Sobre todo estas últimas, a fin de evitar el desgaste de aquellos, tienen la obligación de sujetarse a las mismas a fin de pagar completa o proporcionalmente la prestación económica que genera la citada licencia, en efecto, no deben abástense de tramitar la solicitud a favor de la madre, cuando ésta se encuentre dentro del margen de las circunstancias fácticas valoradas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que dan pie a ordenar su pago.

Aunque no se concibe la idea de que aún existan autoridades que ignoren las subreglas descritas, debe presumirse lo contrario toda vez que la Corte continua

²¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-602 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

²¹⁶ Ibid.,

²¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-837 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²¹⁸ Ibid.,

pronunciándose sobre la cuestión, muestra de ello, la Sentencia de T- 049²¹⁹ de febrero 04 de 2011, mediante la cual se ordena a una EPS cancelar a la madre accionante la licencia de maternidad, en proporción al tiempo cotizado. Ahora, si esculca la relatoría de la Corte Constitucional del 2010, innumerables casos pueden hallarse con relación al tema en comento.

4.1.3 Subreglas sobre el allanamiento en mora. Otra cuestión sobre la cual se han dictado subreglas constitucionales, es aquella que se surge de los eventos en los cuales se presenta durante el desarrollo del contrato de seguridad social, la mora por la cancelación tardía de los aportes por concepto de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud; mora que termina en la mayoría de los casos siendo consentida por la Entidad Promotora de Salud EPS, ya que ésta, en vez de rechazar los pagos extemporáneos, requerir al deudor, manifestar su inconformidad o iniciar las acciones coactivas pertinentes, recibe de parte del empleador o la trabajadora independiente dichos pagos sin problema alguno.

De modo que, presentada la circunstancia descrita, no puede rehusarse aquella a desembolsar a favor de la madre lactante la prestación de licencia por maternidad cuando se cause el derecho con base a la excepción del contrato no cumplido, puesto que, entro a operar el fenómeno del allanamiento en mora, y si bien, el empleador o la trabajadora independiente incumple su obligación de tracto sucesivo, como lo es pagar oportunamente lo correspondiente a cotización por salud, dicha entidad consiente este hecho al recibir su pago extemporáneo sin manifestación en contra o rechazo del mismo, o lo que es peor todavía, no inicia siquiera las acciones legales respectivas en procura del cumplimiento de la obligación insoluta.

²¹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de T- 049 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa.

La subregla sobre el tema viene siendo divulgada de la siguiente forma:

- **“Cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, o cuando la mujer misma las haya pagado tardíamente en el caso de las trabajadoras independientes, pero la EPS (...) no haya requerido al obligado para que lo hiciera ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que la entidad (...) se allanó a la mora del empleador o de la cotizante independiente, y por tanto se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad de la mujer²²⁰”.**

También puede señalarse:

- **La Entidad Promotora de Salud se allana a la mora del cotizante y en consecuencia se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad a la mujer, cuando reciba del empleador o de la trabajadora independiente de forma tardía o extemporáneamente las cotizaciones por salud, sin que medie previamente requerimiento alguno o la acción legal pertinente para obtener el cubrimiento de la obligación insoluta.**

Las citadas subreglas sólo son aplicables en los eventos en los cuales la EPS no rechaza el pago de las cotizaciones extemporáneas, no hace requerimiento para tal efecto o sencillamente guarda silencio ante dicho pago.

Ahora sea esta la oportunidad, para conocer qué sucede dado el caso de que la precitada entidad rechace el pago del empleador, y no obstante a ello, la madre reclame a ésta la licencia de maternidad. Ante la anotada particularidad el tribunal constitucional estipula la siguiente subregla:

- **“Cuando el empleador realiza pagos extemporáneos que son rechazados por la EPS, deja de pagar las cotizaciones, o incumple cualquiera de los requisitos legales para que la mujer pueda acceder al pago de la licencia de maternidad, se hace responsable por el pago de la misma²²¹”.**

²²⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-233 de 2009. M.P. Clara Elena Reales Gutierrez

²²¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1223 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Entonces, dentro del margen de la circunstancia subsumida por la regla citada, el juez constitucional aparte de tenerla en cuenta, debe observar las siguientes:

- **“Si el empleador se encuentra vinculado al proceso de tutela la orden debe ser proferida en contra de él²²²”.**
- **“Si el empleador no se encuentra vinculado al proceso de tutela, la orden no puede ser proferida contra la EPS y el empleador en todo caso se encuentra obligado a pagar la licencia²²³”.**

Con base a lo normativamente regulado por el tribunal constitucional, podría suponerse entonces que, no le asiste el deber a la EPS de reconocer el monto de la licencia de maternidad, cuando la misma rechaza por extemporáneo el pago de las cotizaciones efectuado por el patrono, quien en ultimas le correspondería reconocer dicha prestación, obligación esta, que en todo caso podría ordenarse en el fallo de tutela a favor de la madre lactante, si éste es vinculado al procedimiento breve y sumario que guía dicha acción.

Sin embargo, de llegarse a demostrar que “el mínimo vital de la accionante y de su hijo recién nacido han sido vulnerados, lo cual se agravaría con un retraso mayor en el pago de la licencia²²⁴”, ya sea porque “devenga un salario mínimo²²⁵” y su “única fuente de ingresos es su salario²²⁶”, o ganando más del mínimo pero de igual forma demuestra que es su único medio de subsistencia, se “ordenará a la EPS pagar la misma, aún cuando el empleador no haya sido vinculado al proceso, y repetir contra éste ya que, habiendo éste incumplido sus obligaciones le corresponde financiarla²²⁷”.

²²² Ibíd.,

²²³ Ibíd.,

²²⁴ Ibíd.,

²²⁵ Ibíd.,

²²⁶ Ibíd.,

²²⁷ Ibíd.,

Las anteriores subreglas han sido dictadas por la Corte Constitucional esencialmente en virtud del principio de la buena fe; canon que por cierto se encuentra consagrado en la Constitución Política de 1991, cual predica “la confianza en las relaciones jurídicas de las partes²²⁸”, que en este caso sería la establecida entre la trabajadora, el empleador y la Entidad Promotora de Salud. En efecto, partiendo de este principio, la Corte considera “que las EPS deberán reconocer y pagar la incapacidad por maternidad que a ella le sean reclamadas si obró de manera negligente para su efectivo pago, o si incumplió el deber de adelantar de manera oportuna las acciones legales de cobro, incluso con la consecuente oposición al pago extemporáneo²²⁹”.

Entonces, en el marco de la relación jurídica fundada en razón al contrato de seguridad social, la negligencia de la EPS “en el uso de los mecanismos de cobro coactivo y la falta de requerimiento al afiliado que cotizó extemporáneamente al sistema, permite que en [este contrato] se equilibren las obligaciones y los derechos, impidiendo que una de las partes se beneficie con su descuido²³⁰”.

4.1.4 Subreglas sobre el término perentorio para interponer la tutela. El tribunal de lo constitucional conforme al principio de la inmediatez que regula la presentación de la acción de tutela, impuso un término perentorio para interponer dicha acción cuando con la misma se pretenda el pago de la remuneración por concepto de licencia de maternidad. Éste plazo en la actualidad, tal y como se indica en el capítulo anterior, es de un año, contado a partir del nacimiento del niño.

²²⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-794 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-335 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

²³⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-781 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Se recuerda que este término perentorio estuvo antecedido por uno menor, cual fue de 84 días que se contaban desde la fecha en la que ocurría el nacimiento del menor, sin embargo, como en su oportunidad también se dijo, dicho tiempo se quedó corto ante el fin de procurar la salvaguarda de los derechos fundamentales, tanto de los niños recién nacidos y las progenitoras, amén de que el mismo se convirtió en un formalismo que limitó de cierto modo el acceso a la administración de justicia y en consecuencia la guarda efectiva de derechos como el mínimo vital. No obstante, sin la intención de prolongar en el tiempo la procedencia de la tutela, la Corte en el marco de su función interpretativa consideró más razonable establecer el término actual.

La subregla pregonada, según la Corte es la siguiente:

- **“Para que la acción de tutela proceda en el caso de reclamar licencias de maternidad, la demanda debe presentarse en el término del año siguiente, contado a partir del nacimiento del menor²³¹”.**

O también:

- **“El plazo para reclamar la prestación económica correspondiente a la licencia de maternidad por vía de acción de tutela es de un año²³²”, contado a partir del nacimiento del menor.**

En otras palabras:

- **Procederá la acción de tutela para reclamar el pago de la licencia de maternidad, si la demanda se presenta dentro del año siguiente de ocurrido el nacimiento del menor.**

Nuevamente cabe enfatizar, que la precitada subregla aparte de concretarse en razón a la protección de la maternidad reconocida en la Constitución Política, parte de la disposición consagrada en el artículo 50 de esta norma, cual concede un año

²³¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-231 de 2009. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

²³² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1167 de 2008. M.P. Jaime Araújo Rentería.

de “protección a los recién nacidos menores²³³” de un año que no estén vinculados a ningún régimen de seguridad social. De este modo lo aprecia el tribunal cuando señala: “Siendo la voluntad del Constituyente que los derechos del niño prevalezcan sobre todos los de los demás, y que durante el primer año de vida gocen de una protección especial, el plazo para reclamar el derecho a la licencia por vía de tutela no puede ser inferior al establecido en el artículo 50 de la Constitución Política o sea 364 días²³⁴”.

²³³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-999 de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería

²³⁴ *Ibíd.*,

5. CONCLUSIONES

- Con esta investigación se verificó que la licencia remuneratoria de maternidad es derecho consagrado en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, cual se causa a favor de la madre trabajadora cuando la misma como producto de su estado de gravidez pare o alumbra un nuevo ser. Dicha remuneración le permite a la mujer remplazar los ingresos que por concepto de su actividad laboral dependiente o independiente recibía, de tal modo que, podrá seguir obteniendo los bienes y servicios con los cuales habitualmente cubre su necesidades vitales, y ahora, las del recién nacido.
- Sobre su consagración legal a nivel interno se determinó que en Colombia está reconocida desde 1933, año en el que Colombia ratificó el Convenio 03 de la OIT, relativo a la protección de la maternidad, cual la consagra directamente en su artículo 3. Posteriormente se reconoció en la ley 53 de 1938, en los decretos 2350 de 1938, 13 de 1967, 995 de 1968, leyes 73 de 1966, 27 de 1974 y 50 de 1990. Con respecto a ciertos requisitos para acceder, se han establecido los decretos 1938 de 1994, 806 de 1998, 1406 de 1999, 1804 de 1999 y el 047 de 2000.
- Igualmente, se estableció que a la par del reconocimiento enteramente legal, dicho derecho, goza de un reconocimiento constitucional en la Constitución Política de 1991, cual parte de su artículo 43 donde se consagra la protección a la mujer durante la maternidad.

Así mismo, indicó que éste reconocimiento se sustenta en los tratados, convenios e instrumentos internacionales relativos a la materia, ratificados

por Colombia y que hacen parte integral de la normatividad interna, según el artículo 93 de esta norma.

- Además, esencialmente y por virtud de la Norma de Normas, se constató que existe un desarrollo normativo de origen jurisprudencial, generado por la Corte Constitucional en gracia a su labor de máxima intérprete y guardiana de la Constitución. Esta normatividad, como se dijo, la integran un sinnúmero de subreglas o reglas decisoriales que parten de cánones abstractos e indeterminados consagrados en aquella, como lo son los consignados en los artículos: 86, la acción de tutela; el 43, igualdad y protección de la mujer; el 44, protección a la niñez; el 48, derecho a la seguridad social; el 50, derecho de los menores a la protección o seguridad social por parte del Estado; el 01, respeto a la dignidad humana, al trabajo y la solidaridad, y, el derecho al mínimo vital, que es una disposición de origen jurisprudencial.
- Se constató que la jurisprudencia constitucional conforme a sus precedentes, viene señalando y ratificando ese dispendioso sinnúmero de subreglas referentes a la remuneración de la licencia por maternidad. De los temas abordados y relativos a ésta, se encuentran: 1) la procedencia de la acción de tutela en procura de obtener el pago de la prestación económica; 2) la afectación del derecho al mínimo vital por el no pago de la prestación; la caducidad de la acción de tutela para solicitar el reconocimiento de la prestación por dicha licencia; 3) el allanamiento en mora de las Entidades Promotora de Salud por el recibimiento sin contraposición alguna de las cotizaciones canceladas tardíamente por el cotizante al sistema; 4) el reconocimiento completo o proporcional de la prestación económica cuando no se cotizan las semanas exigidas por la ley, entre otros.

- Dentro de las subreglas se destacó la que predica la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el pago de la prestación económica que envuelve la precitada licencia, cuando se constate que con la negación de aquella por parte de la Entidad Promotora de Salud, se afecten derechos fundamentales tanto de la madre como del menor, tal como el mínimo vital. Sobre el precitado derecho, se indicó que la Corte Constitucional adicionalmente establece una singularidad de reglas para determinar su vulneración. De estas se subrayó la que hace suponer que se presume vulnerado dicho derecho cuando se omite su pago por parte de obligado hacerlo, que además, como se dijo, le corresponde en una eventual acción de tutela probar que el mínimo vital efectivamente no se le ha afectado a la madre lactante. Se resaltó también que se considera violado si ésta sólo tiene como ingreso el salario como único medio para asegurar su subsistencia y la del menor.
- Se determinó que existen subreglas que reglamentan un modo de pago de la mencionada licencia, completamente opuesto a la forma concebida por los decretos reglamentarios que regulan la materia. Dicha subreglas permiten a la genitora recibir de manera completa o proporcional el pago de la prestación causada en razón a la maternidad dependiendo de las semanas de gestación que se haya cotizado al Sistema de Seguridad Social en Salud. Esto como se dijo, sólo es posible conforme a la normatividad constitucional que así lo autoriza.
- Otra subregla que también se dictó es aquella que subsume la circunstancia fáctica presentada cuando la Entidad Promotora de Salud recibe los pagos extemporáneos por concepto de cotizaciones, sin oponerse a los mismos o ni siquiera los rechaza o sencillamente no existe un requerimiento previo para que se hicieran. Lo anterior hace transito al fenómeno de allanamiento en mora, cual quiere decir, que aquella consintió la mora del deudor, y no

puede en razón a la misma sustraerse el deber de reconocer dicho derecho a favor de la madre trabajadora.

- Lo trascendental de todo el trabajo es que se comprobó que a la par de las leyes y decretos reglamentarios, existen subreglas constitucionales que regulan también la remuneración de la licencia de la maternidad, y que éstas son de aplicación directa por emerger directamente de la Constitución Política, es decir, de la Normas de Norma, cual se sobrepone a dicha normatividad surgida en el marco del derecho legislado, máxime cuando muchas de estas son catalogadas de dudosa constitucionalidad.

6. BIBLIOGRAFÍA

ARANGO, Rodolfo y LEMAITRE, Julieta. Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital: estudio de caso: despido injusto de mujer embarazada. Universidad de los Andes, Bogotá, 2003, p. 165.

ARIAS FONSECA. Jaime. El control de Constitucionalidad, la acción de tutela y la revisión de tutela: como un triangulo protector de los derechos fundamentales en Colombia. Monografía para obtener el título de Abogado. Barranquilla. Corporación Universitaria de la Costa CUC, p. 144.

-----, Diferencias entre Precedente Judicial y Jurisprudencia. En: I Encuentro de Semilleros de Grupo de Investigación (05 – 10 – 2010; Barranquilla, Atlántico). Memorias. Barranquilla D.I.E.P. Corporación Universitaria de la Costa. 2010. p. 15

CADAVID GÓMEZ, Ignacio y ARENAS GALLEGO, Eraclio. Cartilla del Trabajo. 2ª Edición. Medellín-Colombia: Universidad de Medellín, 2007. p. 479

CAAMAÑO ROJO, Eduardo. Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo. [en línea]. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso-Chile. 2009, N.33 [citado 2011-05-18]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n33/a04.pdf> ISSN 0718-6851.

CIENFUEGOS SALGADO, David y López Olivera Miguel (Coord). Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz: Derecho internacional y otros temas: [En línea]. México, Universidad Autónoma de México, 2005, [30 - 03- 2011], Serie Doctrina Jurídica (Núm. 217), Formato html. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1628> ISBN 970-32-2508-X Ps. 258-259

CHINCHILLA, Nuria y LEÓN Consuelo. Patricia. La ambición femenina. Como reconciliar trabajo y familia. Chile. Aguilar. 2004, p.304

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de 1991. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Base de datos de documentos. [Base de datos en línea]. [Consultado el 02 de Mayo de 2011]. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr001.html#43

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Decretos 2663 y 3743 de 1950, y ley 141 de 1961: Código Sustantivo del trabajo. Diario oficial. Bogotá. 1951. Base de datos de documentos. [Base de datos en línea]. [Consultado el 08 de abril de 2011]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo.html#236

------. Código Civil. Sancionado el 26 de mayo de 1983. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 30 de junio de 2011]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_civil_pr049.html#1609

------. Ley 1468 de 2011. Diario Oficial No 48.116 de junio 30 de 2011. Base de datos de documentos. [en línea]. [Consultado el 10 de Julio de 2011]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1468_2011.html#1

------. Ley 53 de 1938. Diario Oficial No 23.764, de 29 de abril de 1938. Base de datos de documentos. [en línea]. [Consultado el 15 de Junio de 2011]. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/ley/ley_0053_1938.html

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1938 de 1994. Diario Oficial No. 41.478 del 5 de agosto de 1994. Base de datos de documentos. [en línea]. [Consultado el 15 de Junio de 2011]. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/decreto/decreto_1938_1994.html

------. Decreto 806 de 1998. Diario Oficial No. 43.291, del 5 de mayo de 1998. Base de datos de documentos. [en línea]. [Consultado el 15 de Junio de 2011]. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/decreto/decreto_0806_1998.html

------. Decreto 1804 de 1999. Diario Oficial No. 43.708, 17 de septiembre de 1999. Base de datos de documentos. [en línea]. [Consultado el 15 de Junio de 2011]. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/decreto/decreto_1804_1999.html

------. Decreto 1406 de 1999. Diario Oficial No. 43.652, del 2 de agosto de 1999. Base de datos de documentos. [en línea]. [Consultado el 15 de Junio de 2011]. Disponible en: http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/decreto/1999/decreto_1406_1999.html

------. Decreto 47 de 2000. Diario Oficial 43.882 del 7 de Febrero de 2000. Base de datos de documentos. [en línea]. [Consultado el 15 de Junio de 2011]. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6261>

------. Decreto 047 de 2000. Diario Oficial 43.882, del 7 de Febrero de 2000. Base de datos de documentos. [en línea]. [Consultado el 30 de Junio de 2011]. Disponible en: <http://mps.minproteccionsocial.gov.co/vbecontent/NewsDetail.asp?ID=10155&IDCompany=3>

ESCOBEDO, Anna. El Sistema de licencias parentales para el cuidado de los menores. En: Familias de ayer, familias de hoy. Barcelona: Icaria Editorial S.A, 2006, p. 238

FONSECA RAMOS. Marco. Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución”. En: Revista de Derecho. [En línea]. 1992. No. 01. p.p. 32-45. [Consultado el 28 de agosto de 2010]. Disponible en: <http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/1/4%20Las%20fuentes%20formales%20del%20derecho%20colombiano.pdf> ISSN electrónico: 2145-9355. ISSN impreso: 0121-8697.

ISAZA CADAVID. Germán. Derecho laboral aplicado. 9ª Edición. Bogotá D.C: Leyer, 2005, p 687.

GOMÉZ HOYOS, Diana María. Legislación laboral referente a la protección de la maternidad en países de Centro y Suramérica (Derecho Comparado). En: Revista Díkaion, 2005, Vol.14, p. 180-198

KURCZYN VILLALOBOS. Patricia. Derechos de la mujer trabajadora. 2ª Edición. México: Universidad Autónoma de México, 2001, p. 97.

LOPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los Jueces. 2ª Edición. Legis. Colombia. 2006, p. 366.

LLAMAS ACUÑA, Jhon Jairo. Las garantías de los derechos sociales en Colombia: un estudio desde su principal garantía. Monografía para obtener el título de Abogado. Barranquilla. Corporación Universitaria de la Costa- CUC. 2010. p. 157.

MALDONADO SERRANO, Javier Francisco y PABÓN MANTILLA, Ana Patricia. La protección a la maternidad en la jurisprudencia de la corte constitucional: los casos de la estabilidad laboral reforzada y el pago de la licencia de maternidad. En: Revista Humanidades, 2006, Vol. 36, No. 1 de 2006 p. 42-69

MARRADES PUIG. Ana. Luces y sombras del derecho a la maternidad: Análisis jurídico de su reconocimiento. Valencia – España, Universitat de València. 2002. P.28.

NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. [en línea]. Instrumento en situación provisoria. México. CINU, 2000. Última actualización: 25/01/07 [Citado el 28 de abril de 2011]. Disponible: <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidesc.htm>

------. Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - CEDAW. [En línea]. Instrumento en situación provisoria. México. CINU, 2000. Última actualización: 9/06/04.[Citado el 28 de abril de 2011]. Disponible: http://www.cinu.org.mx/biblioteca/documentos/dh/c_elim_disc_mutxt.htm

NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERA. Pilar. La Licencia por Maternidad de la Trabajadora. Madrid: Dickinson, 2002, p. 25-42.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD - OMS. Nutrición del Lactante y del Niño Pequeño: Estrategia mundial para la alimentación del lactante y del niño pequeño. Colombia, Unicef. 2002, p.33

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Principios de la seguridad social. Turín – Italia, C. Solorio Inversión española, 2001.p. 133.

------. C3 Convenio sobre la maternidad, 1919. [en línea]. Instrumento en situación provisoria. Washington. OIT. 2006. [Citado en 14 abril de 2011]. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C003>

------. C183 Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000. [En línea]. Instrumento en situación provisoria. Ginebra. OIT. 2006. [Citado en 14 abril de 2011]. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C183>

------. Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2004 (I). Ginebra Suiza. OIT. 2004. p. 471

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. Las transiciones en la primera infancia: una mirada internacional. Washington, D.C. OEA/OEC. 2009. p. 220.

-----, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador". [en línea]. Instrumento en situación provisoria. Washington D.C OAS. Citado el 20 de junio de 2011]. Disponible: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

PILONIETA PINILLA, Eduardo. Obligatoriedad del precedente jurisprudencial en el sistema jurídico colombiano. En: Sesión extraordinaria de la ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA, mediante la cual se posesionó como miembro de la misma al jurista EDUARDO PILONIETA PINILLA. (27-06-2007, Bucaramanga) Academia Colombiana de Jurisprudencia. 2007. Disponible en: http://www.acj.org.co/actividad_academica/posesion_pilonieta_pinilla.htm

TARUFFO, Michelle. Precedente y jurisprudencia. En: Revista ICESI. Precedente. [En línea]. 06 Abril. 2007. p.p. 85-99. [Consultado el 15 de Agosto de 2010] Disponible en: http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/item/2184/1/04.pdf ISSN: 1657-6535. p. 87.

Sentencias de las Altas Corte Constitucional de Colombia.

Corte Constitucional

Sentencia T-388 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
Sentencia T-139 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
Sentencia T-354 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
Sentencia T-781 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
Sentencia T-906 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
Sentencia T-602 de 2010. Juan Carlos Henao Pérez.
Sentencia T-354 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
Sentencia T-966 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
Sentencias: T-127 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
Sentencias T-136 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
Sentencias T-231 2009. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.
Sentencia T-602 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
Sentencia T-837 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
Sentencia de T- 049 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa.
Sentencia T-233 de 2009. M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez
Sentencia T-1223 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
Sentencia T-794 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
Sentencia T-335 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
Sentencia T-781 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T-1167 de 2008. M.P. Jaime Araújo Rentería.
Sentencia T-999 de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería
Sentencia T-388 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
Sentencia T-946 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis
Sentencia T-946 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis;
Sentencia T-044 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
Sentencia T-568 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
Sentencia T-204 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas
Sentencia T-998 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
Sentencia C-543 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.
Sentencia C -470 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia T-682 de 2005. M.P. Humberto Porto Sierra.
Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita
Sentencia T-223 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.
Sentencia T-603 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
Sentencia T-1036 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
Sentencia T -475 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio
Sentencia T-016 de 2007. MP. Humberto Sierra Porto
Sentencia T-204 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas
Sentencia T-603 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil
Sentencia T-216 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Consejo de Estado.

Sala Plena, 28 Jul. 1996, Rad I: S-638. C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.
Sección Primera, 13 Junio. 2002, Rad 05001-23-31-000-2001-1124-01(AC). C.E.
Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Suprema de Justicia

Sala Laboral, 20 Mayo. 2010, Tutela No. 47.829, M.P. Sigilfredo Espinosa Pérez.